ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

15 september 2005 *

In zaak T-325/01,

DaimlerChrysler AG, gevestigd te Stuttgart (Duitsland), vertegenwoordigd door R. Bechtold en W. Bosch, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls als gemachtigde, bijgestaan door H.-J. Freund, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot, primair, nietigverklaring van beschikking 2002/758/EG van de Commissie van 10 oktober 2001 betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/36.264 — Mercedes-Benz) (PB 2002, L 257, blz. 1), en subsidiair verlaging van de bij die beschikking opgelegde geldboete,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas en J. D. Cooke, rechters,

griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 mei 2004,

het navolgende

Arrest

De feiten van het geschil

1 Dit beroep strekt tot nietigverklaring van beschikking 2002/758/EG van de Commissie van 10 oktober 2001 betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/36.264 — Mercedes-Benz) (PB 2002, L 257, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking").

2 DaimlerChrysler AG (hierna: „verzoekster") is de moedermaatschappij van een concern dat met name actief is in de fabricage en distributie van motorvoertuigen.

3 Op 21 december 1998 is Daimler-Benz AG met verzoekster gefuseerd op basis van een op 7 mei 1998 ondertekende „Business combination agreement". Verzoekster is daarbij rechtsopvolger van Daimler-Benz AG geworden en alle rechten, activa, schulden en verplichtingen van Daimler-Benz AG zijn op haar overgegaan.

4 Vóór deze fusie was Daimler-Benz AG de moedermaatschappij van het Daimler-Benz-concern, dat via haar dochterondernemingen wereldwijd actief was. Voorts werd op 26 mei 1997 Mercedes-Benz AG, een dochter van Daimler-Benz AG, door fusie onderdeel van laatstgenoemde onderneming. Vanaf die dag is Mercedes-Benz binnen Daimler-Benz AG verantwoordelijk voor de motorvoertuigen. Evenals in de litigieuze beschikking wordt in dit arrest gesproken van „Mercedes-Benz", ongeacht of het gaat om Daimler-Benz AG (tot 1989), Mercedes-Benz AG (tot 1997), Daimler-Benz AG (1997/98) of DaimlerChrysler AG (vanaf 1998).

5 Vanaf begin 1995 heeft de Commissie brieven ontvangen van consumenten die zich beklaagden over belemmeringen bij de uitvoer van nieuwe motorvoertuigen van het merk Mercedes-Benz door de ondernemingen van het concern Daimler-Benz AG in verscheidene lidstaten.

6 De Commissie beschikte over aanwijzingen dat tot dit concern behorende ondernemingen een marktcompartimentering in strijd met artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag uitvoerden. Op 4 december 1996 heeft de Commissie verificaties gelast overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het

Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204). Deze verificaties zijn op 11 en 12 december 1996 verricht bij de ondernemingen Daimler-Benz AG, Stuttgart (Duitsland), Mercedes-Benz Belgium SA/NV in België, Mercedes-Benz Nederland NV te Utrecht (Nederland) en Mercedes-Benz España SA in Spanje.

7 Op 21 oktober 1998 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 aan Daimler-Benz AG gericht, dat op 10 november 1998 werd beantwoord. Op 15 juni 2001 heeft de Commissie een verzoek om inlichtingen aan verzoekster gericht, dat op 9 juli 2001 werd beantwoord. Bij de op 11 en 12 december 1996 verrichte verificaties heeft de Commissie een groot aantal documenten aangetroffen en in beslag genomen, die samen met de aan verzoekster gerichte verzoeken om inlichtingen en de door verzoekster gemaakte opmerkingen de basis vormen van de litigieuze beschikking.

8 Op 10 oktober 2001 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven.

De litigieuze beschikking

9 In de litigieuze beschikking gaat de Commissie ervan uit dat Mercedes-Benz zelf of via haar dochterondernemingen Mercedes-Benz España SA (hierna: „MBE") en Mercedes-Benz Belgium SA (hierna: „MBBel") in strijd met artikel 81, lid 1, EG heeft gehandeld. Volgens de Commissie betreffen de in de litigieuze beschikking geconstateerde maatregelen de detailhandel in personenauto's van het merk Mercedes-Benz (punten 143-149).

10 In de litigieuze beschikking beschrijft de Commissie de betrokken ondernemingen en hun distributienet. Zij geeft aan dat de distributie van personenauto's van het merk Mercedes-Benz in Duitsland voornamelijk plaatsvindt via tot het concern behorende vestigingen, via handelsagenten die de status van handelsvertegenwoordiger hebben [zoals omschreven in § 84, lid 1, van het Handelsgesetzbuch (Duits wetboek van koophandel)] en optreden als tussenpersoon, en via commissionairs (punt 15). Het distributienet in België bestaat uit een importeur, MBBel, die sinds een onbekende datum een 100 %-dochteronderneming was van Daimler-Benz AG, welke sinds 21 december 1998 zelf een 100 %-dochteronderneming van verzoekster is, en die nieuwe voertuigen verkoopt via twee vestigingen, via dealers en via agentschappen/garages die ook koopovereenkomsten voor nieuwe auto's afsluiten (punten 17 en 19). In Spanje vindt de distributie van personenauto's plaats via drie vestigingen van MBE alsmede via dealers. De Commissie merkt op dat sommige erkende garagebedrijven geen voertuigen verkopen, maar alleen verkoopovereenkomsten afsluiten. MBE is een 100 %-dochteronderneming van de Spaanse holding Daimler-Benz España SA, die op haar beurt voor 99,88 % een dochteronderneming van Daimler-Benz AG was. Sinds 21 december 1998 is deze holding een 100 %-dochteronderneming van verzoekster (punt 20).

11 De Commissie stelt vast dat, anders dan verzoekster in de administratieve procedure heeft gesteld, artikel 81, lid 1, EG op de overeenkomsten tussen Mercedes-Benz en de Duitse agenten in dezelfde mate toepasselijk is als op een overeenkomst met een dealer. Volgens haar moeten „[d]e aan een [agent] opgelegde beperkingen [...] derhalve beoordeeld worden als bij iemand die voor eigen rekening handelt" (punt 168).

12 De Commissie merkt in dit verband in de eerste plaats op dat de Duitse handelsagenten van Mercedes-Benz een aantal ondernemersrisico's moeten dragen die onlosmakelijk met hun activiteiten als tussenpersoon voor Mercedes-Benz verbonden zijn en die ertoe leiden dat op de overeenkomsten tussen Mercedes-Benz en de agenten artikel 81 van toepassing is (punten 153-160).

13 Zij wijst er met name op dat de agent van Mercedes-Benz een aanzienlijk aandeel in het prijsrisico van de door hem verkochte voertuigen heeft. Voorzover een agent bij de verkoop van nieuwe auto's prijsconcessies doet waarmee Mercedes-Benz het eens is, komen deze volledig ten laste van de provisie van de agent (punten 155 en 156).

14 De Commissie stelt vast dat de Duitse agent volgens § 4, lid 4, van de Duitse agentuurovereenkomst ook het transport- en transportkostenrisico voor nieuwe voertuigen draagt. Net als een zelfstandige handelaar berekent de agent de kosten en het transportrisico door aan de klant (punt 157).

15 De agent zet ook in aanzienlijke mate eigen middelen voor sales promotion in. Volgens de Commissie moet hij met name demonstratiewagens voor eigen rekening kopen (§ 4, lid 7, van de Duitse agentuurovereenkomst). Voor de aankoop van demonstratiewagens en bedrijfsauto's verleent Mercedes-Benz speciale condities. Voor deze voertuigen gelden een minimale houderschapstermijn van drie à zes maanden en een minimale kilometerstand van 3 000 km. Daarna kan de agent de voertuigen als tweedehandsauto's doorverkopen, zodat hij ook het afzetrisico voor dit niet onaanzienlijke aantal voertuigen draagt (punt 158).

16 De Commissie brengt eveneens naar voren dat de activiteiten van een agent van Mercedes-Benz onvermijdelijk met een aantal bijkomende ondernemersrisico's zijn verbonden. De overname van deze risico's is een voorwaarde wanneer een bedrijf agent van Mercedes-Benz wil worden. Op grond van § 13 van de agentuurovereenkomst moet de agent garantiewerkzaamheden uitvoeren aan voertuigen waarvoor de fabrieksgarantie geldt. De Duitse agenten moeten voor eigen rekening een garage

inrichten en daar service en garantie aanbieden en op verzoek aan een hulpdienst deelnemen (§ 12 van de agentuurovereenkomst). Bovendien moeten de Duitse agenten voor eigen rekening een onderdelenmagazijn in stand houden (§ 14 van de agentuurovereenkomst) (punt 159).

17 In de tweede plaats geeft de Commissie aan dat uit economisch oogpunt de omzet van de Duitse agent uit eigen zakelijke activiteiten een veelvoud hoger is dan de omzet uit het sluiten van koopcontracten voor nieuwe auto's. Zij merkt op: „Voor de activiteiten als tussenpersoon ontvangt de [agent] een provisie die bij personenauto's bestaat uit de basisprovisie van 12,2 % en een prestatieprovisie van maximaal 3,6 %. Deze provisie-inkomsten van maximaal 15,8 % zijn de omzet uit de activiteiten als agent. Uit deze provisie moet de [agent] de kortingen die hij de autokopers verleent, financieren. De werkelijke omzet uit de transacties als agent is derhalve kleiner dan de genoemde 15,8 %". Voorts, zo vervolgt zij (punt 159): „[W]anneer men de voertuigprijzen als deel van deze omzet beschouwt, [bedraagt deze] ongeveer 50 % van de totale omzet van een [agent]. De werkelijke omzet van de [agent] uit bemiddeling als zodanig is echter de bovengenoemde provisie. Vergelijkt men deze met de omzet van de [agent] uit contractueel met de bemiddeling verbonden activiteiten waarbij de [agent] het volledige risico draagt, dan blijkt dat slechts ongeveer 1/6 van de totale omzet wordt behaald met de feitelijke [activiteit als agent]".

18 De Commissie is van mening dat, gezien het aantal en de kwantitatieve omvang van de risico's die de agenten van Mercedes-Benz moeten dragen, de tegenwerping van verzoekster dat de door de agenten te dragen risico's kenmerkend zijn voor een echte handelsagent, niet kan worden gevolgd. Zij merkt op: „Iets anders kan alleen dan gelden, wanneer de [agent] de keuze zou hebben of hij in het bijzonder de aanzienlijke risico's op het gebied van de demonstratiewagens en bedrijfsauto's, het leveren van garantie, de inrichting van een onderhouds- en reparatiebedrijf en de verkoop van reserveonderdelen op zich wil nemen, of dat hij slechts het sluiten van koopovereenkomsten voor nieuwe auto's op zich neemt." Dit is echter volgens haar niet het geval (punt 160).

19 Irrelevant acht zij het argument van verzoekster dat de Duitse agenten in verzoeksters onderneming zijn opgenomen. Verzoekster beroept zich in dit verband op „eisen waaraan de [Duitse agent] persoonlijk en met het oog op zijn bedrijf moet voldoen (in de regel uitsluitend afzet van voertuigen van Mercedes-Benz, algemeen optreden als ‚[agent] van Mercedes-Benz', uitrusting en inrichting van het bedrijf van de [agent] in zakelijk en persoonlijk opzicht, de reclame, de uiterlijke kenmerken, de verplichting tot het behartigen van de belangen van DaimlerChrysler en inachtneming van de identificatievoorschriften van Mercedes-Benz)" en op het feit dat de agent „[agent] van één onderneming is" en alleen voertuigen van Mercedes-Benz mag verkopen (punt 162). De Commissie is in de litigieuze beschikking niettemin van mening dat het kenmerk van de „opneming" naast de risicospreiding geen op zichzelf staand kenmerk is dat een handelsagent onderscheidt van iemand die voor eigen rekening handelt (punt 163). De Commissie vergelijkt de door verzoekster aangehaalde bepalingen van de Duitse agentuurovereenkomsten met de bepalingen van de overeenkomsten met buitenlandse dealers, om aan te tonen dat de Duitse agenten „opgenomen" zijn (punt 164). Zij is van mening dat uit deze vergelijking blijkt dat de aan de Duitse agenten opgelegde verplichtingen identiek zijn aan die welke aan buitenlandse contractuele dealers zijn opgelegd, en dat beide distributievormen in dezelfde mate „opgenomen" zijn in de verkooporganisatie van Mercedes-Benz (punt 165).

20 De Commissie stelt dat Mercedes-Benz de mededinging heeft beperkt door vier verschillende maatregelen.

21 In de eerste plaats stelt zij dat na de introductie van de nieuwe W 210-voertuigen (nieuwe E-klasse) in een mededeling van 6 februari 1996 aan alle leden van het Duitse distributienet, met inbegrip van de agenten, duidelijke verzoeken zijn gestuurd. Daarin werden de agenten „tot hun rayon beperkt". De verzoeken hadden niet alleen betrekking op deze serie, maar in het algemeen op alle transacties met nieuwe auto's. Aan het einde van deze mededeling dreigde Mercedes-Benz „niet [te zullen] aarzelen de levering van voertuigen van de serie W 210 te beperken wanneer wij constateren dat het opnemingsvermogen van de afzonderlijke rayons de toegewezen productie niet rechtvaardigt". Daarmee werd het verzoek bijzondere kracht bijgezet.

22 Volgens de Commissie was het doel van dit verzoek, te bereiken dat de contractpartners de toegewezen voertuigen van de serie W 210 en ook van de andere series alleen binnen hun rayon zouden verkopen en dat zij niet zouden leveren aan eenmalige klanten, die niet tot de klanten in het rayon van de agent behoorden. Zoals in de mededeling werd aangegeven, moest daardoor „de interne mededinging", d.w.z. de zogenoemde „intrabrand-mededinging" tussen de Duitse agenten onderling en tussen deze agenten en de Duitse en buitenlandse vestigingen en buitenlandse dealers, worden beperkt. De mededeling van 6 februari 1996 beoogde derhalve een beperking van de „intrabrand-mededinging".

23 In de tweede plaats stelt de Commissie vast dat in bijna alle gevallen een aanbetaling van 15 % van de koopprijs moest worden gevraagd van eenmalige klanten uit andere lidstaten. Volgens haar leidde deze praktijk tot een verdere bemoeilijking van de parallelhandel, aangezien deze bepaling de vrijheid van de agenten om hun eigen marketingbeleid te voeren, beperkt. Zo werd het de agenten niet meer toegestaan om bij eenmalige klanten die zij kennen, van deze aanbetaling af te zien. Zij merkt op dat, ook wanneer dergelijke aanbetalingen uit economisch oogpunt in bepaalde gevallen zinvol kunnen zijn, een dergelijke instructie voor binnenlandse transacties niet bestaat, hoewel ook hier in individuele gevallen vergelijkbare belangen kunnen bestaan. De bepaling discrimineert derhalve transacties van de parallelhandel ten opzichte van voertuigverkopen in Duitsland (punt 174).

24 In de derde plaats is de Commissie van mening dat het verbod op levering aan externe leasebedrijven zolang er geen concrete lessee beschikbaar is, dat staat in de Duitse agentuurovereenkomsten (zie § 2, lid 1, sub d) en in de Spaanse dealerovereenkomsten (zie artikel 4, sub d), de mededinging tussen de lease-bedrijven van het Mercedes-Benz-concern en de externe leasebedrijven in Duitsland en Spanje beoogt te beperken. Externe leasebedrijven kunnen voertuigen van Mercedes alleen van geval tot geval aanschaffen, namelijk wanneer reeds een concrete lessee beschikbaar is, maar daarentegen niet op „voorraad". Daardoor wordt de betrokken leasebedrijven de snelle beschikbaarstelling van een voertuig aan een lessee onmogelijk gemaakt. Volgens de Commissie leiden de afzetvoorschriften

betreffende de levering aan leasebedrijven er ook toe dat externe leasebedrijven niet dezelfde prijsvoordelen bij de aankoop van lease-auto's krijgen als andere exploitanten van wagenparken. In de regel verslechteren de desbetreffende clausules de voorwaarden waaronder externe leasebedrijven voertuigen van Mercedes kunnen kopen en derhalve, op de downstream-leasemarkt met de leasebedrijven van het Mercedes-Benz-concern kunnen concurreren. De bepalingen betreffende de lease-transacties van de agenten en dealers beogen een beperking van concurrentie op het gebied van prijs- en leveringsvoorwaarden voor lease-auto's (punt 176).

25 In de vierde plaats merkt de Commissie op dat de overeenkomst die op 20 april 1995 tussen MBBel en de vereniging van Mercedes-Benz-dealers in België gesloten werd om de kortingen te beperken tot maximaal 3 % en om het kortinggedrag bij de E-klasse door een testkoper te laten verifiëren, terwijl bij vaststelling van hogere kortingen de toewijzing van voertuigen van de nieuwe E-klasse zou worden beperkt, tot doel had de concurrentie op het gebied van prijzen in België te beperken.

26 Na te hebben vastgesteld dat deze maatregelen de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloedden en niet konden worden vrijgesteld van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, heeft de Commissie geconcludeerd dat verzoekster een geldboete moest worden opgelegd, daar zij aansprakelijk was voor alle door Daimler-Benz AG en Mercedes-Benz AG zelf of via de dochterondernemingen van Daimler-Benz, MBBel en MBE, gepleegde overtredingen op mededingingsgebied.

27 In dit verband is de Commissie van mening dat de op een uitvoerbelemmering gerichte maatregelen een enkele overtreding vormden, die bestond uit twee elementen (de instructies om niet buiten het rayon werkzaam te zijn en de aanbetalingsregeling van 15 %) die een bepaalde tijd lang cumulatief relevant waren. Volgens de Commissie is de overtreding bijzonder zwaar, zodat hiervoor een uitgangsbedrag van 33 miljoen EUR passend is. Met betrekking tot de duur van deze overtreding merkt de Commissie op dat, wanneer men beide elementen van de onderhavige overtreding bij elkaar neemt, de overtreding op 12 september 1985

begon en nog niet is beëindigd. Volgens de Commissie gaat het derhalve om een overtreding van lange duur. Zij is echter van mening dat de potentiële effecten van de aanbetalingsregeling duidelijk geringer waren dan de effecten van de rechtstreeks tegen uitvoer gerichte instructies. Laatstgenoemde waren alleen in de periode van 6 februari 1996 tot 10 juni 1999 van kracht, met andere woorden gedurende drie jaar en vier maanden. De Commissie acht derhalve een verhoging van het uitgangsbedrag met slechts 42,5 %, dus 14,025 miljoen EUR passend. Het basisbedrag is derhalve 47,025 miljoen EUR.

28 De Commissie meent dat het verkoopverbod voor voertuigen op voorraad aan leasebedrijven in de Duitse agentuurovereenkomst en de Spaanse dealerovereenkomst als zwaar moet worden aangemerkt. Als uitgangsbedrag vindt zij een bedrag van 10 miljoen EUR passend. Volgens de Commissie is de inbreuk begonnen op 1 oktober 1996 en is zij tot op heden niet beëindigd. De duur bedraagt daarom vijf jaar, hetgeen overeenkomt met een middellange duur. Wegens de duur van de overtreding acht de Commissie een verhoging van het uitgangsbedrag met 50 %, dus met 5 miljoen EUR, tot een bedrag van 15 miljoen EUR noodzakelijk.

29 Volgens de Commissie zijn de met actieve medewerking van MBBel besloten maatregelen tot bepaling van de verkoopprijzen in België een bijzonder zware inbreuk op de mededingingsregels. Zij beschouwt deze overtreding als zwaar. Een uitgangsbedrag van 7 miljoen EUR wordt daarom passend geacht. De Commissie merkt op dat deze maatregelen van kracht waren van 20 april 1995 tot 10 juni 1999, dus gedurende een periode van middellange duur, en zij vindt een verhoging van het uitgangsbedrag met 40 %, dus 2,8 miljoen EUR, tot 9,8 miljoen EUR, passend.

30 De Commissie constateert in de litigieuze beschikking geen verzwarende of verzachtende omstandigheden. De bovengenoemde bedragen bij elkaar opgeteld leiden derhalve tot een geldboete van in totaal 71,825 miljoen EUR.

31 Op grond van deze overwegingen heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven, waarvan het dispositief luidt:

„*Artikel 1*

[Mercedes-Benz heeft] zelf of via [haar] dochterondernemingen [MBE] en [MBBel] inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag. Zij hebben namelijk de volgende maatregelen tot beperking van de parallelhandel genomen:

— vanaf 6 februari 1996 hadden alle handelsagenten in Duitsland de opdracht om de geleverde nieuwe voertuigen, met name die van de serie W 210, zo mogelijk alleen aan klanten uit het eigen rayon te leveren en interne mededinging te vermijden. Deze maatregelen waren tot 10 juni 1999 van kracht;

— vanaf 12 september 1985 hadden alle handelsagenten in Duitsland de opdracht om bij bestellingen van nieuwe voertuigen door [eenmalige] klanten een aanbetaling van 15 % van de prijs van het voertuig te verlangen. Deze maatregel is tot op heden niet ingetrokken;

— de levering van personenauto's aan leasebedrijven op voorraad vanaf 1 oktober 1996 tot heden beperkt;

— deelgenomen aan overeenkomsten inzake beperking van de kortingverlening in België, waartoe op 20 april 1995 werd besloten en die op 10 juni 1999 werden beëindigd.

Artikel 2

[Mercedes-Benz] moet de in artikel 1 vastgestelde inbreuken, voorzover die voortduren, onverwijld na de kennisgeving van deze beschikking beëindigen en mag de genoemde maatregelen niet door beperkingen van gelijke strekking vervangen; zij moet met name uiterlijk binnen twee maanden na ontvangst van deze beschikking:

— rondschrijven nr. 52/85 van 12 september 1985 via een rondschrijven aan de Duitse handelsagenten en hoofdhandelsagenten ongedaan maken, voorzover het deze agenten en dealers gelast van [eenmalige] klanten die een personenauto bestellen, een aanbetaling van 15 % te verlangen;

— de bepalingen die de verkoop van nieuwe auto's op voorraad aan leasebedrijven verbieden, uit de Duitse vertegenwoordigingsovereenkomsten en de Spaanse dealerovereenkomsten verwijderen [...]

Artikel 3

Aan [Mercedes-Benz] wordt wegens de in artikel 1 genoemde inbreuken een geldboete ten bedrage van 71,825 miljoen EUR opgelegd.

[...]"

32 Blijkens de litigieuze beschikking is de Commissie in wezen van mening dat de term „eenmalige klant" door het Mercedes-Benz-concern in tijdens de verificaties aangetroffen documenten (zie hierboven punt 7) wordt gebezigd ter aanduiding, in het kader van grensoverschrijdende verkopen, van eindverbruikers uit een andere staat van de Europese Economische Ruimte.

Het procesverloop en de conclusies van partijen

33 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 december 2001, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

34 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en als maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het de partijen verzocht, vóór de zitting een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden. De partijen hebben aan deze verzoeken voldaan.

35 Ter terechtzitting van 25 mei 2004 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.

36 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— primair de litigieuze beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair de in artikel 3 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

37 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

38 Verzoekster voert voor haar beroep vier middelen aan. Het eerste middel betreft schending van artikel 81, lid 1, EG en kennelijk onjuiste beoordeling van de met de agenten van Mercedes-Benz in Duitsland gesloten overeenkomsten. Het tweede middel, dat betrekking heeft op de eerste en de derde maatregel die door de Commissie in de litigieuze beschikking zijn geconstateerd, betreft schending van artikel 81 EG en van verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB L 145, blz. 25). Het derde middel betreft schending van artikel 81, lid 1, EG en kennelijk onjuiste beoordeling van de tweede en de vierde maatregel die door de Commissie in de litigieuze beschikking zijn geconstateerd. Het vierde middel betreft onjuiste vaststelling van de bij artikel 3 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete.

Het eerste middel: schending van artikel 81, lid 1, EG en kennelijk onjuiste beoordeling van de met de agenten van Mercedes-Benz in Duitsland gesloten overeenkomsten

Argumenten van partijen

39 Verzoekster betwist de conclusies van de Commissie in de litigieuze beschikking met betrekking tot de juridische kwalificatie van de rechtspositie van de Duitse agenten. Zij stelt dat haar Duitse agentuurovereenkomsten niet vallen onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG, voorzover zij betrekking hebben op de verkoop van nieuwe voertuigen van het merk Mercedes-Benz. De agenten dragen geen aan de verkoop van voertuigen verbonden risico's. Voorts zijn zij volledig opgenomen in de onderneming Mercedes-Benz en gedragen zij zich ten opzichte van deze onderneming juridisch als werknemers. Zij voldoen dus aan de voorwaarden die door het Hof zijn geformuleerd in zijn vaste rechtspraak betreffende de niet-toepasselijkheid van het kartelverbod op agentuurovereenkomsten.

40 Om te beginnen heeft verzoekster in Duitsland haar eigen distributienet, zowel via filialen als via handelsagenten (die in naam en voor rekening van Mercedes-Benz optreden) en commissionairs (die in eigen naam, maar voor rekening van Mercedes-Benz optreden). De agenten van het Duitse distributienet van Mercedes-Benz zijn juridisch noch economisch dealers van nieuwe voertuigen. Zij brengen voor rekening van Mercedes-Benz koopovereenkomsten voor nieuwe voertuigen tot stand volgens haar voorwaarden. Het feit dat de agenten de nieuwe voertuigen niet bij Mercedes-Benz kopen en dus ook geen voorraad aanhouden, is economisch van enorm belang. Het gehele verkooprisico voor nieuwe voertuigen, waaronder het op voorraad houden en de daarmee gepaard gaande blokkering van kapitaal, ligt bij Mercedes-Benz. De agenten dragen alleen het uit hun bemiddeling voortvloeiende

risico. Verzoekster is dus juridisch vrij om te beslissen of, en zo ja op welke voorwaarden, zij verkoopovereenkomsten sluit. De instructies en contractsverplichtingen van de agenten betreffende de sluiting en de inhoud van de verkoopovereenkomsten zijn kartelrechtelijk irrelevant.

41 Artikel 81, lid 1, EG is volgens de rechtspraak van het Hof niet van toepassing op agentuurovereenkomsten, wanneer cumulatief is voldaan aan twee voorwaarden: de handelsagent is opgenomen in het distributienet van de constructeur en hij verricht zijn activiteit als tussenpersoon en vertegenwoordiger uitsluitend voor rekening van de opdrachtgever (arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, en 24 oktober 1995, Volkswagen en VAG Leasing, C-266/93, Jurispr. blz. I-3477).

42 Wat de voorwaarde van „opneming" betreft, is de benadering van de Commissie in de litigieuze beschikking innerlijk tegenstrijdig en onverenigbaar met de rechtspraak op dit punt, met name waar zij verklaart: „Het kenmerk van de opneming is naast de risicospreiding geen op zichzelf staand kenmerk dat een handelsagent onderscheidt van iemand die voor eigen rekening handelt" (punt 163 van de litigieuze beschikking).

43 Door de factor „opneming" buiten beschouwing te laten en meer belang te hechten aan het criterium „risicospreiding", breidt de Commissie het kartelverbod uit tot de handelsagent op een wijze die nooit de bedoeling is geweest. Uit het arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 41 supra, komt duidelijk naar voren dat het Hof voor „opneming" niet alleen als voorwaarde stelt dat de agent niet een deel van de risico's draagt, maar ook dat zijn belangen met die van zijn opdrachtgever zijn verweven.

44 Anders dan de Commissie in de litigieuze beschikking (zie punten 164 en 165) aangeeft, is het feit dat buitenlandse dealers die geen handelsagent zijn, zich jegens derden presenteren op een manier die vergelijkbaar is met die van de nationale agenten van Mercedes-Benz, van geen belang. Ten eerste moet er ook sprake zijn van de bijbehorende risicodeling, ten tweede is de vergelijking niet terecht daar de „opneming" volgens de rechtspraak van het Hof niet alleen afhankelijk is van de uiterlijke kenmerken van de wijze waarop de distributeur zich in het openbaar en jegens de klant gedraagt, maar ook van het „innerlijke" kenmerk dat verbonden is met de risicodeling en de volledige betrokkenheid van de agent bij de belangen van zijn opdrachtgever.

45 Onjuist is de opvatting van de Commissie in de litigieuze beschikking dat het voor de toetsing van overeenkomsten tussen een constructeur en een handelsagent aan het kartelrecht, voldoende is, vast te stellen of de handelsagent ondernemersrisico's moet dragen die „onlosmakelijk verbonden zijn" met zijn activiteiten als tussenpersoon (zie in die zin punt 153 van de litigieuze beschikking). Dit standpunt, dat door de Commissie is ingenomen in de litigieuze beschikking en in haar richtsnoeren voor verticale beperkingen (PB 2000, C 291, blz. 1; hierna: „de richtsnoeren"), is een objectief niet gerechtvaardigde kentering van haar opvatting over de toepasselijkheid van artikel 81 EG. Tevens is het niet te verenigen met de rechtspraak van het Hof op dit punt.

46 De agenten van Mercedes-Benz dragen inderdaad bepaalde kosten en risico's.

47 In de eerste plaats moet een agent in elk geval een „provisierisico" aanvaarden. De provisie wordt gewoonlijk vastgesteld als een percentage van het bedrag van de contracten die de agent tot stand brengt. Wanneer het aantal verkopen groot is, zal hij dus meer provisie ontvangen en omgekeerd. Wanneer de opdrachtgever, die

uiteindelijk degene is die beslist of een overeenkomst op de door de koper verlangde voorwaarden zal worden gesloten, kortingen verleent, verlaagt hij daarmee niet alleen zijn eigen inkomsten maar ook de provisie van de handelsagent. De agenten van Mercedes-Benz dragen evenwel niet een deel van de met de prijzen verband houdende risico's en de zienswijze dat de aftrek van „prijsconcessies" van de provisie van de agent een „prijsrisico" is, is onjuist.

48 In werkelijkheid wordt het bedrag dat de agent aan provisies ontvangt, bepaald door de commerciële overeenkomst. Dit bedrag verschilt naargelang het individuele verkopen betreft of verkopen op grond van een overeenkomst met een grote klant of een bepaalde „gebruiker". Met de agent wordt een lagere provisie overeengekomen voor verkopen aan grote klanten en bepaalde gebruikers, aangezien in verkopen aan klanten met een bijzondere contractsverhouding met Mercedes-Benz (niet met de agent) in de vorm van overeenkomsten over contractuele kwantumkortingen of gebruikerskortingen, over het algemeen minder behoeft te worden geïnvesteerd dan in andere soorten verkopen, in het bijzonder aan nieuwe klanten. Bijgevolg is het objectief gerechtvaardigd om de agent dan een lagere provisie toe te kennen. Bovendien is er geen rechtsbeginsel dat inhoudt dat handelsagenten altijd recht hebben op dezelfde provisie, ongeacht het type verkoop.

49 De autodealer doet voor nieuwe voertuigen veel hogere investeringen dan de agent van Mercedes-Benz, in het bijzonder wat de voorfinanciering van de voertuigen en het afnemersrisico betreft. Dit laatste is voor de dealer gerelateerd aan de totale prijs van de auto, terwijl de agent van Mercedes-Benz alleen het risico loopt dat hij zijn provisievooruitzichten misloopt. Bovendien is het „provisierisico" voor de handelsagent beperkt tot het bedrag van de provisie. De dealer loopt het risico dat hij een auto onder de prijs verkoopt, maar dit is in het geval van de agent uitgesloten. Ten slotte wil het feit dat een agent bij wege van bijzondere overeenkomst met de koper een prijsvoordeel verleent dat ten koste gaat van zijn provisie, niet zeggen dat er geen sprake is van een agentuurovereenkomst in de zin van het kartelrecht. Deze mogelijkheid moet veeleer worden gezien als een door Mercedes-Benz aan de agent verleende vrijheid.

50 In de tweede plaats zijn de bedrijfskosten die de agent van Mercedes-Benz moet maken, hoofdzakelijk het gevolg van de marketing die hij verricht om een zo groot mogelijk aantal verkopen tot stand te kunnen brengen. In de derde plaats garandeert de agent op eigen naam, voor eigen rekening en op eigen risico werkplaatsreparatie en verkoop van onderdelen.

51 Onjuist is de stelling van de Commissie in de litigieuze beschikking dat het kartelrechtelijk privilege voor bemiddelingsactiviteiten alleen al daarom niet voor de agenten van Mercedes-Benz geldt, dat zij contractueel verplicht zijn om in hun eigen garage service te verlenen, onder de garantie vallende werkzaamheden te verrichten en zelf onderdelen in voorraad te houden (zie punt 16 supra).

52 Het Hof heeft in het arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, aanvaard dat de dealers een deel van de aan de door hen als handelsagenten met VAG Leasing gesloten overeenkomsten verbonden risico's droegen, en wel vanwege de verplichting om de voertuigen na afloop van de leasecontracten terug te kopen tegen de vooraf overeengekomen prijs. Het Hof heeft echter niet het parallel verrichten van autoverkoop en bemiddeling aanvaard. Wel heeft het daarnaast de serviceverlening door de distributeurs in eigen naam en voor eigen rekening genoemd, maar dit betekent niet dat het Hof zelfstandige betekenis heeft gehecht aan serviceverlening, die alleen zin heeft in samenhang met verkoop. Het arrest bevat geen aanknopingspunt voor de opvatting dat het naast elkaar verlenen van verkoopbemiddeling en service leidt tot een functievermenging die privilegiëring in de zin van het kartelrecht uitsluit.

53 Tevens is de verplichting van de agent op grond van § 13, lid 1, van de agentuurovereenkomst om „garantiewerkzaamheden te verrichten aan door Daimler-Benz geleverde auto's, ongeacht waar en door wie deze zijn verkocht"

een voorwaarde voor de vrijstelling op grond van artikel 5, lid 1, sub a, van verordening nr. 1475/95. Had Mercedes-Benz haar agenten een dergelijke garantieverplichting niet opgelegd, dan zou de Commissie daaraan waarschijnlijk het argument hebben ontleend dat de agentuurovereenkomsten niet voldeden aan de voorwaarden van verordening nr. 1475/95.

54 Het vermoeden van de Commissie dat de agent voor zijn werkzaamheden slechts een „garantievergoeding" ontvangt, die wordt berekend aan de hand van de gemiddelde vergoedingstarieven voor de agent, en dus „niet noodzakelijk" gelijk is aan de percentages die hij zou kunnen bedingen ingeval hij vrijelijk met derden zou kunnen overeenkomen, is ongegrond. Bij de afhandeling van garantiegevallen ontvangt de agent meer dan slechts de vergoeding van zijn kosten, namelijk datgene wat hij voor dergelijke reparatiewerkzaamheden ook met derden overeenkomt. De daarbij gehanteerde prijzen zijn kostendekkend en winstgevend. De agent verleent de garantie in het kader van zijn normale servicewerkzaamheden en treedt in zoverre op in eigen naam en voor eigen rekening. Het verschil met „normale" reparaties is „alleen dat de opdrachtgever niet de eigenaar van de auto is maar Mercedes-Benz, die de agent inschakelt om de uitsluitend op haar rustende garantieverplichting na te komen".

55 Hetzelfde geldt voor de inrichting van de werkplaats en het voeren van het onderdelenmagazijn, waartoe de agent verplicht is. Deze activiteiten verricht de agent in eigen naam en voor eigen rekening. Derhalve moet hij die investeringen ook financieren.

56 Agenten betalen niet mee aan de transportkosten (zie in die zin punt 157 van de litigieuze beschikking). § 4, lid 4, van de agentuurovereenkomst bepaalt weliswaar dat de agent met de klant tot overeenstemming moet komen over de transportkosten, maar dit is geen risico, doch een extra gelegenheid voor de handelsagent om winst te maken. De agent neemt deel aan een door Mercedes-Benz georganiseerd transportsysteem met vaste transporteurs, waardoor het transport van de motor-

voertuigen hem kan worden aangeboden tegen een bepaalde prijs, die hij samen met het rijklaar maken en de registratie van het voertuig plus een toeslag aan de klant doorberekent. Zelfs, al zou men vinden dat de Duitse handelsagenten niet geheel en al van het aan de transportkosten verbonden risico gevrijwaard zijn, dan is dit toch een „onbeduidend" risico, zowel op zichzelf als in het grote geheel beschouwd.

57 Het feit dat de agenten participeren in de verkoopreclame, betekent niet dat zij een deel van de risico's van de verschillende verkopen dragen, maar dat zij verplicht zijn om de bemiddelingswerkzaamheden waartoe zij zich hebben verbonden, zelf en feitelijk te organiseren en te financieren. De agenten participeren niet in nationale of regionale reclamecampagnes, maar alleen in de reclame die zij zelf maken. De handelsagenten dragen de kosten van die reclame en de daaraan voor hun provisie verbonden risico's. De stelling van de Commissie dat de demonstratiewagens monsters of documentatie zijn als bedoeld in artikel 4, lid 2, sub a, van richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (PB L 382, blz. 17), is onjuist. In deze richtlijn is geen sprake van monsters, alleen van documentatie, dat wil zeggen materiaal dat speciaal voor reclamedoeleinden is vervaardigd, en niet voertuigen die voor demonstratiedoeleinden worden gebruikt en vervolgens door de agent worden verkocht tegen voor hem niet verliesgevende voorwaarden.

58 Het feit dat de Mercedes-Benz-agent er een groot aantal demonstratiewagens op na houdt, betekent niet dat hij een deel van de aan de verkoop van nieuwe voertuigen verbonden risico's draagt, maar alleen dat zijn bemiddeling aanzienlijke investeringen vergt voorzover het gaat om acquisitie van potentiële klanten. De verklaring van de Commissie in de litigieuze beschikking dat „gemiddeld meer dan 21,66 % van de omzet van de handelsagenten [werd] gerealiseerd met demonstratiewagens en bedrijfsauto's", is onjuist. Dit percentage geeft de omzet in heel Duitsland voor particuliere auto's van Mercedes-Benz weer. Het gaat niet om cijfers die specifiek zijn voor de agenten.

59 Wanneer men daarentegen dit percentage toepast op de agenten, met als noemer niet alleen de hun toekomende provisies, maar ook de omzet van Mercedes-Benz uit de door hen gerealiseerde verkopen, bedraagt dit slechts 8 % voor particuliere voertuigen en 9,8 % indien ook bedrijfswagens worden meegeteld. En indien men het aandeel van de demonstratiewagens en bedrijfsauto's toepast op de werkelijke omzet van de agent, is de uitkomst voor de particuliere voertuigen alleen 15,8 % en 19,3 % wanneer utiliteitsvoertuigen worden meegeteld.

60 De Commissie kan de verkoop van demonstratiewagens, waarvoor de agent van gunstige voorwaarden profiteert, niet als een risico voor de agent aanmerken (punt 158 van de litigieuze beschikking). Van een dergelijk risico is over het algemeen geen sprake. De verkoop van demonstratiewagens levert de agent juist extra inkomsten op. Maar zelfs als de handelsagent er niet in zou slagen de demonstratiewagens af te zetten tegen prijzen die hoger liggen dan de aankoopprijs, en hij dus hogere lasten zou hebben, is dit niet relevant. De handelsagent dient uit zijn persoonlijke middelen immers uitsluitend de verrichtingen te financieren die gericht zijn op de totstandkoming van verkopen, waartoe hij ingevolge de agentuurovereenkomst verplicht is, en heeft alleen de daaraan rechtstreeks verbonden risico's te dragen.

61 De stelling van de Commissie in de litigieuze beschikking dat een typische handelsagent „slechts ongeveer 1/6 van [zijn] totale omzet [behaalt] met de feitelijke [activiteit als agent]" is volgens verzoekster rechtens niet relevant. De door de Commissie in de litigieuze beschikking gehanteerde berekeningsmethode is onjuist; het gaat om de door de [agent] tot stand gebrachte externe omzet en niet alleen om zijn provisieomzet. De bemiddelingsactiviteit vertegenwoordigt volgens de berekening van Mercedes-Benz ongeveer 55 % van de totale onderneming van de handelsagent.

62 De Commissie van haar kant stelt dat, gezien de aard en de omvang van de kosten en risico's die verzoekster haar agenten verplicht oplegt, alsook het aanzienlijke aandeel van de omzet dat wordt behaald met de zelfstandige bedrijfsvoering in vergelijking met dat uit de bemiddeling van koopovereenkomsten voor nieuwe auto's, artikel 81, lid 1, EG evenzeer van toepassing is op de overeenkomsten tussen verzoekster en haar Duitse agenten als op een overeenkomst met een contractuele dealer.

63 De overeenkomst tussen een agent en zijn opdrachtgever is een overeenkomst tussen twee ondernemingen en moet in beginsel de mededingingsregels eerbiedigen. De verschillende bepalingen van de overeenkomst zijn van de toepassing van die regels dus alleen vrijgesteld indien zij beperking van de mededinging tot doel noch tot gevolg hebben.

64 Verzoekster miskent de aard van de risico's die haar agenten moeten dragen, alsook de rechtsgevolgen die de afwenteling van die risico's op haar agenten heeft.

65 Volgens verzoekster worden in de rechtspraak voor de niet-toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG twee cumulatieve voorwaarden gesteld, namelijk enerzijds een risicoverdeling die typisch is voor een dergelijke verhouding, en anderzijds de „opneming" van de agent in het bedrijf van de opdrachtgever. Verzoekster staat daarmee een toepasselijkheid van het kartelverbod op agentuurovereenkomsten voor, die verder gaat dan de opvatting van de Commissie, volgens welke de agent zijn geprivilegieerde positie alleen verliest wanneer hij meer dan slechts onbeduidende financiële of zakelijke risico's te dragen heeft, en daarnaast geen „opneming" — hoe deze ook moet worden gedefinieerd — van de agent in het distributienet van zijn opdrachtgever is vereist. In dit verband moet uit het arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, worden afgeleid dat het Hof aan het criterium van de „opneming" naast dat van de risicospreiding thans geen zelfstandige betekenis meer

hecht. Blijkens het arrest Suiker Unie e.a/Commissie, punt 41 supra, met name de punten 538 tot en met 542 van dat arrest, heeft het Hof geoordeeld dat een agent slechts als „opgenomen" in de onderneming van zijn opdrachtgever kan worden beschouwd indien hij bepaalde risico's draagt.

66 Wanneer de redenering van het Hof in het arrest Suiker Unie e.a/Commissie, punt 41 supra, wordt toegepast op het onderhavige geval, dan blijkt dat in gevallen van functievermenging — wanneer de verkoopbemiddelaar tegelijkertijd als agent en als zelfstandig handelaar optreedt — het kartelverbod niet alleen geldt voor de activiteit in eigen naam en voor eigen rekening, maar ook voor die in naam en voor rekening van de opdrachtgever. In casu zijn de Duitse agenten van verzoekster in aanzienlijke mate als zelfstandig ondernemer actief en, al verkopen verzoekster en haar agenten in hun respectieve functies, anders dan het geval was in de zaak Suiker Unie e.a/Commissie, punt 41 supra, niet hetzelfde product, toch bestaat er een nauw feitelijk verband tussen de verkoop van nieuwe auto's, de exploitatie van een reparatiewerkplaats en de serviceverlening. De garantie- en serviceactiviteiten en de verkoop van onderdelen worden de agent juist opgedragen met het oog op de verkoop van nieuwe voertuigen, net als de overige risico's die hij moet dragen. Dit verband pleit voor een uniforme behandeling van de contractsverhouding, ook wat de toepasselijkheid van het kartelrecht betreft.

67 Het arrest van het Hof van 1 oktober 1987, Vlaamse Reisbureaus (311/85, Jurispr. blz. 3801), is voor de beslechting van het onderhavige geschil niet relevant, daar de aan dat arrest ten grondslag liggende feiten anders zijn dan die van het onderhavige geval.

68 In het arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, heeft het Hof bevestigd dat de handelsagent zijn geprivilegieerde positie in het mededingingsrecht verliest wanneer hij ook maar één van de risico's draagt die voortvloeien uit de contracten die hij voor zijn opdrachtgever tot stand brengt. Derhalve brengt het feit dat de

Duitse agenten van verzoekster niet alle, maar slechts enkele (niet onbeduidende) risico's van de door hen tot stand gebrachte verkopen dragen, niet mee dat het kartelverbod niet van toepassing is op de met hen overeengekomen maatregelen ter verhindering van parallelhandel.

69 Verzoeksters uitlegging van het arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra (zie punt 52 supra), is onjuist. Met deze uitlegging wil zij de indruk wekken dat de litigieuze beschikking verder gaat dan deze rechtspraak, terwijl dit arrest daarin juist restrictief wordt uitgelegd. Dat de agenten nevenactiviteiten verrichten waaraan ondernemersrisico's zijn verbonden, te weten de uitvoering van de fabrieksgarantie alsmede serviceverlening en onderdelenleverantie, is alleen meegewogen omdat deze een door de fabrikant noodzakelijk geachte aanvulling is op de deelactiviteit waarvoor de agent louter als bemiddelaar wordt ingeschakeld. De mening van verzoekster dat aan de serviceverlening in het onderhavige geval voor de beoordeling van de in het kader van de agentuurverhouding overeengekomen concurrentiebeperkende maatregelen geen betekenis toekomt, is onbegrijpelijk.

70 Bepaalde verplichtingen die de opdrachtgever zijn agent oplegt, kunnen verder gaan dan de verplichting tot wederzijdse belangenbehartiging, en dus onevenredig zijn. Van geval tot geval moet derhalve worden nagegaan of de betrokken verplichting, wanneer zij de mededinging beperkt, werkelijk uit de aard der zaak noodzakelijk is voor de bescherming van de „rechtsfiguur van agent".

71 De verplichtingen die tot doel hadden, de „intrabrand-mededinging" op de productmarkt en de concurrentie op het gebied van prijzen en leveringsvoorwaarden voor leasevoertuigen te beperken, waren voor de verkoop via handelsagenten niet uit de aard der contractuele verhouding noodzakelijk of inherent aan het systeem. Dit geldt voor de voorwaarden waaronder verzoekster de handelingsvrijheid van die agenten heeft beperkt door hun voor te schrijven dat zij van

communautaire klanten een aanbetaling van 15 % dienen te verlangen en door hen te verplichten, nieuwe auto's zoveel mogelijk alleen aan klanten in hun eigen rayon te leveren en interne mededinging te vermijden. Onjuist is het betoog van verzoekster dat het kartelverbod alleen op agentuurovereenkomsten van toepassing is wanneer de agent risico's en kosten op zich neemt die het gevolg zijn van de sluiting of de afwikkeling van de koopovereenkomsten waarvoor hij voor de onderneming bemiddelt of die hij voor de onderneming afsluit, en niet wanneer hij een onafhankelijke economische activiteit verricht met betrekking tot de taken die hem door de opdrachtgever zijn opgedragen. In dit betoog wordt geen rekening gehouden met de inhoud van de door de Commissie gelaakte gedragingen. Bovendien doet het geen recht aan de economische realiteit door alleen uit te gaan van de risico's die door de agent op de downstream-markt worden genomen doordat hij het product koopt met de bedoeling het door te verkopen. Enerzijds hangt het van de omstandigheden van het geval af in welke omvang deze aankoop verzoekster ontlast en de agent belast, en anderzijds zijn de aan de verkoop op de downstream-markt verbonden risico's — ongeacht of de betrokken producten door de agent worden aangekocht — vaak gelegen in het feit dat daarvoor een voor de markt specifieke infrastructuur noodzakelijk is. In dit verband kan worden gewezen op de fabrieksgarantie, die voor een groot deel in de plaats komt van de garantie door de verkoper zelf, op de serviceverlening en op de aankoop, de presentatie en doorverkoop van demonstratiewagens. Wat het verkooprisico op zich betreft, ontlasten de Mercedesdealers verzoekster slechts in beperkte mate, aangezien Mercedes haar voertuigen „op maat" vervaardigt en niet voor de voorraad. Een onderneming die voor de distributie van haar producten gebruik maakt van handelsagenten en die de specifiek met de contracten of de markt verbonden risico's op hen afwentelt, moet op de koop toenemen dat het kartelverbod van toepassing is op de relaties met haar agenten. De gedwongen overname van economische risico's door de agent moet corresponderen met een economische vrijheid van handelen die de agent in staat stelt deze risico's het hoofd te bieden, en de beperking van deze handelingsvrijheid is in strijd met het kartelrecht wanneer zij de mededinging aanmerkelijk beperkt.

72 Verzoeksters argumenten betreffende de analyse van de risicospreiding in de litigieuze beschikking moeten worden afgewezen, behalve die over de plaats van nakoming van de overeenkomst.

73 Wat het prijsrisico betreft, wentelt verzoekster een deel van het verkooprisico op haar agenten af. Elke prijsverlaging die de agent verleent, gaat immers volledig ten koste van zijn provisie. Aldus dragen de handelsagenten een deel van het verkooprisico van verzoekster, hetgeen leidt tot toepasselijkheid van het kartelverbod (zie in die zin arrest Suiker Unie e.a/Commissie, punt 41 supra), ongeacht of de agent van zijn provisie afziet in het kader van een individuele prijsovereenkomst dan wel in het kader van de standaardvoorwaarden die verzoekster met grote afnemers overeenkomt. In beide gevallen zet verzoekster de provisie van de agent in als verkoopstimulans en bewerkstelligt zij dat deze aldus een deel van de kosten en risico's van de autoverkoop draagt. De provisie van de agent daalt met een bedrag dat kan oplopen tot 6 % van de prijs wanneer hij een auto verkoopt aan een klant met wie verzoekster bepaalde voorwaarden is overeengekomen. Bovendien draagt verzoekster de aan grote klanten verleende kortingen slechts voorzover deze meer dan 6 % bedragen. De situatie van dealers en agenten is economisch vergelijkbaar. Overeenkomstig richtlijn 86/653 wordt de beloning van een agent gewoonlijk berekend als een percentage van het volume van de door hem tot stand gebrachte contracten.

74 Wanneer dit volume van de oorspronkelijke verwachting afwijkt, draagt de handelsagent normaal gesproken alleen het risico dat het overeengekomen provisiepercentage op dit geringere volume wordt toegepast. Normaal gesproken is het niet aan de agent om zijn opdrachtgever systematisch van de gevolgen van volumeschommelingen te vrijwaren, bijvoorbeeld door af te zien van zijn provisie ter hoogte van de prijsdaling. Bijgevolg kan het feit dat de agent bij alle soorten transacties in meer of mindere mate mede het verkooprisico van verzoekster draagt, niet eenvoudigweg worden uitgelegd als het ontbreken van een overeenkomst die de handelsagenten provisiedeling verbiedt.

75 De agenten dragen tevens het transportkostenrisico. Volgens de agentuurovereenkomst moet de agent de nieuwe auto aan de klant afleveren en de daarvoor te betalen vergoeding met hem overeenkomen. Dat hij door het verschil tussen de betaling aan de transporteur en de met de klant overeengekomen vergoeding extra winst kan maken, verandert niets aan het feit dat de agent het risico draagt dat hij

van de klant de vergoeding niet ontvangt. De klant ontvangt het voertuig dan weliswaar niet, maar de voorgeschoten transportkosten blijven toch ten laste van de agent. Voorzover verzoekster zich beroept op de typische, aan het systeem inherente verplichtingen van de handelsagent, moet haar worden tegengeworpen dat volgens het Duitse recht betreffende handelsagenten de verplichting tot levering van de goederen rust op de opdrachtgever en niet op de agent. Ten slotte is niet van belang dat de risico's in verband met de transportkosten wellicht „onbeduidend" zijn, daar de agenten ook nog een groot aantal andere ondernemersrisico's moeten dragen.

76 De agentuurovereenkomst verplicht de agent, een aanzienlijk bedrag aan eigen middelen in te zetten voor reclame en het verkooprisico te dragen voor een groot aantal voertuigen (zie punt 58 supra). Gezien het door verzoekster genoemde aandeel van 15,8 % (zie punt 59 supra), zijn in vergelijking met de provisie-inkomsten van de agent uit zijn bemiddeling voor de verkoop van nieuwe auto's, de omzetten uit de doorverkoop van demonstratie- en bedrijfswagens aanzienlijk. Anders dan verzoekster stelt, kan de financiële inzet en de risico's die verzoekster haar agenten oplegt, niet los worden gezien van de bemiddelingsactiviteit, aangezien demonstratiewagens voor de markt specifieke investeringen vormen waartoe verzoekster haar agenten verplicht, en die rechtstreeks ten dienste staan van de verkoop aan de eindklant. Op grond van artikel 4, lid 2, sub a, van richtlijn 86/653 is de opdrachtgever verplicht de handelsagent gratis demonstratiewagens ter beschikking te stellen, die gelijk staan aan „monsters" of „documentatie" welke nodig zijn voor de verrichting van zijn activiteiten. Verzoekster draagt derhalve eigen taken over aan haar agenten. Zij verplicht haar agenten derhalve, de aan de verkoop van haar producten verbonden functies, risico's en financiële lasten over te nemen die haar door de wetgever zijn opgelegd. Door van haar agenten te eisen dat zij zich in verregaande mate als zelfstandige distributeurs van (demonstratie-)voertuigen gedragen, maakt verzoekster hen tot „oneigenlijke" handelsagenten, waardoor zij de deur openzet voor toepasselijkheid van het mededingingsrecht.

77 De agenten moeten op eigen kosten en voor eigen risico de door verzoekster op nieuwe voertuigen gegeven fabrieksgarantie uitvoeren, een garage inrichten, een onderdelenmagazijn in stand houden, service verlenen en garantiewerkzaamheden uitvoeren (punt 159 van de litigieuze beschikking). Deze voor de betrokken markt specifieke investeringen, die van de handelsagenten worden verlangd, betekenen dat dezen een deel van de kosten en risico's dragen die aan de verkoop van nieuwe auto's van verzoekster zijn verbonden.

78 Het onderscheid dat verzoekster aanbrengt tussen bemiddeling en serviceverlening, is kunstmatig en komt niet overeen met de economische werkelijkheid. De serviceverlening heeft namelijk tot doel de verkoop van verzoekster te bevorderen, gelet op de verwachting van de eindkoper dat voor de verkochte voertuigen een servicenetwerk ter beschikking staat. Verzoekster zelf ziet de verkoopactiviteit en de serviceverlening als een economische eenheid. Op grond van § 6 van de agentuurovereenkomst wordt, wanneer het voertuig binnen een bepaalde tijd in het rayon van een andere agent belandt, een deel van de provisie van de agent doorgeleid naar die andere agent. Dientengevolge kan de bemiddeling niet los worden gezien van de kosten en risico's die de agent voor garantie- en serviceverlening en het in voorraad houden van onderdelen moet dragen. Gewezen wordt nogmaals op de parallellen tussen de arresten Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, en Suiker Unie e.a/Commissie, punt 41 supra. De vergoedingsaanspraken die de agent uit zijn garantie- en serviceverlening verwerft, zijn niet relevant, daar hij de aan zijn werkzaamheden verbonden kosten en risico's moet dragen. Verordening nr. 1475/95, waarnaar verzoekster verwijst, is niet van toepassing wanneer het gaat om eenvoudige „bemiddeling" voor de verkoop van nieuwe auto's, aangezien er dan geen sprake is van „wederverkoop" zoals die in artikel 10, lid 12, is gedefinieerd. Verzoekster zou echte bemiddelaars dus zonder meer de keuze kunnen laten of zij garantie- en servicewerkzaamheden willen verrichten of niet. Ten slotte berusten de risico's die de agent met betrekking tot ondeugdelijke producten draagt, in wezen op het feit dat hij deel uitmaakt van verzoeksters garantienetwerk, en hetzelfde geldt voor de serviceverlening.

79 Tegen verzoeksters verwijt dat de Commissie de provisieomzet van de agent vergelijkt met de omzet die deze in eigen naam en voor eigen rekening behaalt, brengt de Commissie in dat ook bij het door verzoekster gekozen referentiebedrag een aanzienlijk deel van de economische activiteit van de agent behoort tot de door verzoekster verlangde zelfstandige activiteiten, en dat dit deel bij de kartelrechtelijke beoordeling van de contractsverhouding tussen verzoekster en haar agenten niet mag worden verwaarloosd.

80 Verzoeksters argument dat agenten moeten worden behandeld als filialen, moet worden afgewezen. De positie van de handelsagent als zelfstandige ondernemer hangt er niet van af of hij dezelfde belangen behartigt als zijn opdrachtgever dan wel tevens andere belangen. Het kartelverbod is toepasselijk indien de agent risico's te dragen heeft die specifiek zijn voor de overeenkomsten of de markt, hetgeen in casu het geval is.

Beoordeling door het Gerecht

81 Volgens vaste rechtspraak moet het Gerecht in een beroep tot nietigverklaring van een beschikking tot uitvoering van artikel 81, lid 1, EG in de regel een volledig onderzoek instellen naar de vraag of aan de voorwaarden voor toepassing van dit artikel is voldaan (zie in die zin arresten Hof van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34, en 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62).

82 Artikel 81, lid 1, EG luidt:

„Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst [...]"

83 Uit de tekst van dit artikel blijkt, dat het daarin neergelegde verbod uitsluitend geldt voor gedragingen die tussen twee of meer partijen zijn afgesproken in de vorm van overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, zoals uitgelegd in de rechtspraak, is dus het bestaan van wilsovereenstemming van ten minste twee partijen (arrest Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punten 64 en 69, bevestigd bij arrest Hof van 6 januari 2004, BAI en Commissie/Bayer, C-2/01 en C-3/01, Jurispr. blz. I-23).

84 Hieruit volgt dat wanneer een besluit van een producent een eenzijdige handelwijze van de onderneming vormt, het ontsnapt aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG (zie in die zin arresten Hof van 25 oktober 1983, AEG/Commissie, 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 38, en 17 september 1985, Ford/Commissie, 25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725, punt 21; arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 56).

85 Uit vaste rechtspraak volgt tevens dat onder het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht moet worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door

verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest Hof van 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11, en arrest Gerecht van 29 juni 2000, DSG/Commissie, T-234/95, Jurispr. blz. II-2603, punt 124). Het Hof heeft beklemtoond dat voor de toepassing van de mededingingsregels niet beslissend is dat twee vennootschappen formeel los van elkaar staan daar zij elk eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel of hun marktgedrag dat van een eenheid is. Het kan dus noodzakelijk zijn, te onderzoeken of twee vennootschappen met eigen rechtspersoonlijkheid één onderneming of economische eenheid met een en hetzelfde marktgedrag vormen (zie in die zin arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 140).

86 Volgens de rechtspraak kan dit niet alleen het geval zijn tussen dochter- en moedermaatschappijen, maar ook, in bepaalde omstandigheden, tussen een vennootschap en haar handelsvertegenwoordiger, of tussen een opdrachtgever en zijn commissionair. Voor de toepassing van artikel 81 EG is het namelijk van belang, of een opdrachtgever en zijn agent of „handelsvertegenwoordiger" een economische eenheid vormen, waarbij laatstgenoemde een hulporgaan is dat deel uitmaakt van de onderneming van de opdrachtgever. Dit is van belang om uit te maken of een handelwijze binnen de werkingssfeer van dat artikel valt. Zo is geoordeeld dat „een agent, indien hij voor zijn opdrachtgever werkzaam is, in beginsel is te beschouwen als een in [diens] onderneming opgenomen hulporgaan dat zijn instructies heeft te volgen en derhalve, [net] als een handelsemployé, met die onderneming een economische eenheid vormt" (arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 41 supra, punt 480).

87 De zaak ligt anders indien bij de overeenkomst van de opdrachtgever met de agent aan deze agent taken worden opgedragen of overgelaten die in economisch opzicht die van een onafhankelijk handelaar benaderen, doordat is gestipuleerd dat hij de financiële risico's draagt die samenhangen met de verkoop of met de uitvoering van overeenkomsten met derden (zie in die zin arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 41 supra, punt 541). Zo is geoordeeld dat agenten hun hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer slechts verliezen wanneer zij geen van de risico's dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de opdrachtgever

hebben gesloten, en zij als in de onderneming van de opdrachtgever opgenomen medewerkers zijn te beschouwen (zie in die zin arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, punt 19).

88 Wanneer een agent derhalve weliswaar eigen rechtspersoonlijkheid bezit, maar zijn marktgedrag niet zelfstandig bepaalt en de instructies volgt die hem door zijn opdrachtgever worden gegeven, zijn de verbodsbepalingen van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing op de verhouding tussen de agent en de opdrachtgever met wie deze een economische eenheid vormt.

89 Partijen zijn het in het kader van dit middel oneens over de door de Commissie in de litigieuze beschikking voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG gemaakte analyse van de rechtspositie van de Duitse agenten van Mercedes-Benz, met name van de mate van risico dat door die agenten uit hoofde van de agentuurovereenkomst wordt gedragen en van hun opneming in Mercedes-Benz.

90 Het Gerecht dient dus tegen de achtergrond van het voorgaande de juistheid te onderzoeken van de beoordeling waartoe de Commissie in de litigieuze beschikking is gekomen inzake de rechtsverhouding tussen verzoekster en haar handelsagenten in Duitsland.

91 Deze verhouding wordt met name beheerst door de bepalingen van een standaardovereenkomst tussen Mercedes-Benz en haar agenten, en het Duitse Handelsgesetzbuch. In haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht (zie punt 34 supra) heeft verzoekster aangegeven dat de versie van het standaardcontract waarop de litigieuze beschikking is gebaseerd, de versie van juni 1997 is. Zij heeft voorts bevestigd dat deze versie in grote lijnen identiek was aan de versies die golden tijdens de gehele periode waarop de litigieuze beschikking betrekking heeft. Blijkens de stukken worden de bepalingen en voorwaarden van de standaardagentuurovereenkomst eenzijdig vastgesteld door Mercedes-Benz. Voorts staat vast dat de tussen

Mercedes-Benz en haar Duitse agenten gesloten overeenkomst een agentuurovereenkomst in de zin van het Duitse handelsrecht is. In het kader van het onderhavige geschil heeft de Commissie niet gesteld dat er tussen de verschillende door Mercedes-Benz met individuele agenten gesloten agentuurovereenkomsten materiële verschillen bestaan.

92 Niet in geding is dat de ingevolge de agentuurovereenkomst formeel aan de agent opgedragen taken overeenkomen met de wijze waarop deze overeenkomst in de praktijk wordt uitgevoerd. Zo wordt niet betwist dat ingevolge de bepalingen van de agentuurovereenkomst en in de praktijk Mercedes-Benz — en niet haar Duitse agenten — degene is die in de Bondsrepubliek Duitsland nieuwe auto's van het merk Mercedes-Benz rechtstreeks aan de klant verkoopt, en dat het de agenten verboden is deze in eigen naam en voor eigen rekening te verkopen.

93 Het Gerecht stelt vast dat de agentuurovereenkomst aldus is geredigeerd dat de Duitse agent geen enkele autoriteit of bevoegdheid heeft om auto's van het merk Mercedes-Benz te verkopen. De taak van de Duitse agent is slechts, potentiële klanten over te halen tot het plaatsen van een bestelling, die hij ter goedkeuring en uitvoering voorlegt aan Mercedes-Benz. Daartoe bepaalt § 4, leden 1 en 3, van de agentuurovereenkomst dat de agent over de verkoop van voertuigen onderhandelt tegen de door Mercedes-Benz vastgestelde tarieven en volgens haar richtlijnen, waarbij de verkoopovereenkomst pas van kracht wordt op het tijdstip waarop Mercedes-Benz de door de agent aangebrachte bestelling accepteert.

94 Uit de stukken blijkt tevens dat de agent bij de sluiting van de overeenkomst met een klant niet zelfstandig mag beslissen welke prijs Mercedes-Benz voor het voertuig zal ontvangen. In haar antwoorden op de vragen van het Gerecht heeft verzoekster bevestigd dat de agent niet bevoegd is om voor rekening van Mercedes-Benz kortingen te geven zonder toestemming van Mercedes-Benz. Wel mag de agent

zonder toestemming kortingen geven die van zijn eigen provisie afgaan, en bevat de agentuurovereenkomst geen bepalingen die verbieden dat de agent aldus een deel van zijn provisie opgeeft. Volgens verzoekster moet de agent, wanneer hij zijn klanten in het kader van de verkoop van een nieuwe auto korting geeft, deze in mindering brengen op zijn provisie.

95 Thans moet de juistheid worden onderzocht van de in de litigieuze beschikking geponeerde stelling dat de Duitse agent een aanzienlijk deel van het prijsrisico van de via hem verkochte voertuigen draagt wanneer hij bij de verkoop van nieuwe auto's prijsconcessies doet die volledig ten laste van zijn provisie komen (punt 155).

96 Blijkens de stukken koopt de Duitse agent, anders dan de dealers van Mercedes-Benz in andere landen, de nieuwe auto's niet bij Mercedes-Benz in om ze aan zijn klanten door te verkopen, en staat vast dat de agent niet verplicht is een voorraad nieuwe auto's aan te houden (zie punt 156 van de litigieuze beschikking). Volgens de agentuurovereenkomst kan de agent nieuwe auto's van het merk Mercedes-Benz immers alleen kopen voor eigen gebruik of als demonstratiewagen (§ 9, lid 2).

97 Daar de Duitse Mercedes-Benz-agent niet verplicht is om over een voorraad auto's te beschikken, is het in feite niet juist, hem economisch gezien te vergelijken met de autohandelaar die van de fabrikant als vergoeding een marge krijgt, die hij niet alleen voor de financiering van de verkoop van nieuwe auto's in het algemeen gebruikt, maar ook vooral voor prijsconcessies aan autokopers (zie punt 156 van de litigieuze beschikking). Het Gerecht merkt in dit verband op dat de Mercedes-Benz-agent noch door de agentuurovereenkomst noch in de praktijk verplicht wordt om af te zien van een deel van zijn provisie teneinde een auto die hij in voorraad heeft, te verkopen, hetgeen een echt prijsrisico zou zijn, daar hij reeds de kosten zou hebben gedragen die verbonden zijn aan de aankoop en het in voorraad hebben van het voertuig. De agent draagt immers, anders dan een dealer, niet het risico dat de auto's die hij in voorraad heeft, onverkocht blijven. Wanneer de agent geen afstand wil doen van een deel van zijn provisie, zal hij de bestelling van een auto dus niet accepteren.

98 In dit verband blijkt uit de bewoordingen van de dealerovereenkomsten die Mercedes-Benz in België en Spanje heeft gesloten, dat de dealer een constante voorraad voertuigen moet aanhouden. Hoe groot die voorraad moet zijn, wordt met name in overleg tussen partijen bepaald (zie artikel 8 van de Belgische dealerovereenkomst en artikel 15 van de Spaanse dealerovereenkomst). Wat de verkoop van voertuigen betreft, verschilt de situatie van een agent van Mercedes-Benz in Duitsland dus aanzienlijk van die van de Mercedes-Benz-dealers in België en Spanje. Deze laatsten dragen immers een aanzienlijk deel van het risico dat aan de autoverkoop is verbonden, terwijl dit risico in Duitsland in wezen bij Mercedes-Benz ligt. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat de Commissie, wat het prijsrisico betreft, de agent economisch gezien ten onrechte gelijkstelt met de autodealer (punt 156 van de litigieuze beschikking).

99 In de omstandigheden van het onderhavige geval is het Gerecht van oordeel dat het feit dat de Duitse Mercedes-Benz-agent bevoegd — doch niet verplicht — is om kortingen te geven die van zijn provisie afgaan, en zijn commerciële vrijheid kan gebruiken om af te zien van een deel van zijn provisie op individuele verkopen teneinde uiteindelijk zijn totale provisie te verbeteren doordat hij meer auto's verkoopt, niet kan worden aangemerkt als „prijsrisico".

100 Mercedes-Benz is derhalve degene die de voertuigen verkoopt en die — per geval — beslist om de door de agent aangedragen bestellingen al dan niet te accepteren. De commerciële vrijheid van de Duitse Mercedes-Benz-agenten wat de verkoop van voertuigen van het merk Mercedes-Benz betreft, blijkt zeer beperkt te zijn, zodat deze de mededinging op de betrokken markt, te weten de detailhandel in personenauto's van Mercedes, niet kan beïnvloeden (zie punt 143 van de litigieuze beschikking).

101 Wanneer een klant een auto bestelt, maar de verkoop niet doorgaat, zijn de financiële gevolgen, en dus de risico's, van deze transactie, voor verzoekster. Zij heeft

ter terechtzitting inderdaad bevestigd dat zij bij uitsluiting alle risico's draagt van met name niet-levering, verkeerde levering en insolventie van de klant.

102 Samenvattend is het Gerecht van oordeel dat uit de hierboven weergegeven feiten en omstandigheden volgt dat, wat de in casu in geding zijnde markt betreft, Mercedes-Benz, en niet haar Duitse agenten, degene is die de voorwaarden van elke autoverkoop, met name de verkoopprijs, bepaalt en de belangrijkste risico's van die activiteit draagt, daar de Duitse agent door de bepalingen van de agentuurovereenkomst wordt belet, voorraden auto's te kopen en aan te houden ten behoeve van de verkoop. Derhalve moet worden geconcludeerd dat de agenten ten opzichte van verzoekster in een verhouding staan die wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat zij de verkoop van voertuigen van het merk Mercedes-Benz grotendeels tot stand brengen onder leiding van verzoekster, zodat zij op één lijn moeten worden gesteld met werknemers, en moet worden aangenomen dat zij in de onderneming zijn opgenomen en daarmee een economische eenheid vormen. Bijgevolg is de Duitse Mercedes-Benz-agent, wanneer hij op de in geding zijnde markt opereert, zelf geen „onderneming" in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

103 Onderzocht moet worden of aan deze conclusie wordt afgedaan door de stelling van de Commissie in de litigieuze beschikking dat verzoekster haar agenten verplicht om in het kader van de agentuurovereenkomst andere kosten en risico's te dragen, zonder hun enige keuze te laten.

104 Dienaangaande heeft de Commissie in de litigieuze beschikking geconstateerd dat Mercedes-Benz niet het transportkostenrisico draagt, maar dit doorschuift naar de agent (zie punt 157). Net als een zelfstandige handelaar moet deze het aan de kosten van het transport van de nieuwe auto's verbonden risico dragen en deze kosten op grond van het verbintenissenrecht doorberekenen aan de klant.

105 Het Gerecht merkt in dit verband op dat § 4, lid 4, van de agentuurovereenkomst bepaalt dat „indien het voertuig niet door de klant bij de fabriek wordt afgehaald, [de agent] het aan de klant [levert] tegen een met deze overeengekomen vergoeding". In haar antwoord op de vragen van het Gerecht heeft verzoekster bevestigd dat in Duitsland in 2003 35 % van de auto's door de klant bij de fabriek was afgehaald. Deze gegevens betreffen weliswaar niet de periode waarop de litigieuze beschikking betrekking heeft, maar er blijkt wel uit dat de mogelijkheid dat de klant volgens de agentuurovereenkomst een auto bij de fabriek afhaalt, verre van theoretisch is wanneer de agent en de klant het niet eens raken over de kosten of de leveringsvoorwaarden. Ter terechtzitting heeft de Commissie bovendien bevestigd dat het niet waarschijnlijk is dat het aan de transportkosten verbonden risico intreedt. In de praktijk wordt de klant van de leveringsdatum van het voertuig op de hoogte gesteld voordat het transport plaatsvindt, en wanneer hij niet bereikbaar is, verlaat het voertuig de fabriek niet.

106 Het Gerecht is van oordeel dat uit een en ander volgt dat de Commissie het risico dat de agent met betrekking tot de transportkosten draagt, zwaar heeft aangezet.

107 Ook verklaart de Commissie in de litigieuze beschikking dat de agent volgens de agentuurovereenkomst voor eigen rekening demonstratiewagens moet kopen (punt 158), herstelwerkzaamheden moet uitvoeren onder de fabrieksgarantie (punt 159, sub a), voor eigen rekening een garage moet inrichten en daar op verzoek service en noodhulp moet aanbieden, alsmede voor eigen rekening een onderdelenmagazijn in stand moet houden (punt 159, sub b en c). De Commissie concludeert in de litigieuze beschikking dat reeds gezien het aantal en de omvang van de door de agenten te dragen risico's de tegenwerping van Mercedes-Benz dat de door haar Duitse agenten te dragen risico's kenmerkend zijn voor een echte handelsagent, niet kan worden gevolgd (punt 160).

108 Het Gerecht merkt in dit verband op dat de agent overeenkomstig § 4, lid 7, van de agentuurovereenkomst verplicht is zelf de kosten van de demonstratiewagens te

dragen, en dat Mercedes-Benz in voorkomend geval het recht heeft om te bepalen welk aantal zij noodzakelijk acht. Wanneer de agent demonstratiewagens heeft gekocht, loopt hij dus kennelijk enig risico. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat die wagens moeilijk met winst te verkopen zijn. Het Gerecht merkt niettemin op dat, zelfs wanneer wordt aanvaard dat dit risico bestaat, dit niet wegneemt dat, zoals de Commissie zelf in punt 158 van de litigieuze beschikking opmerkt, de voertuigen tegen een speciale prijs zijn gekocht en drie tot zes maanden later mogen worden verkocht als zij minstens 3 000 kilometer op de teller hebben staan. Door deze overweging wordt het belang dat de Commissie in de litigieuze beschikking hecht aan de verplichting met betrekking tot de demonstratiewagens en dus aan de omvang van het bedoelde risico, aanzienlijk gerelativeerd.

109 Hieruit volgt dat in de door de Commissie in punt 158 van de litigieuze beschikking gemaakte analyse het belang van de risico's die verband houden met de verplichting van de agenten om demonstratiewagens aan te schaffen, sterk wordt overdreven.

110 Met betrekking tot de opmerkingen van de Commissie inzake de verplichting van de agenten om onder de garantie vallende reparaties uit te voeren, blijkt uit de stukken dat de Mercedes-Benz-agent een garantievergoeding ontvangt voor erkende garantiewerkzaamheden en dat deze vergoeding, wat het arbeidsloon betreft, overeenkomt met het aan de hand van de omzet gewogen gemiddelde —welk tarief de agent vooraf, aan het begin van elk halfjaar, aan Mercedes-Benz meedeelt — en wat de materiaalkosten betreft, met de inkoopprijs plus aanschaffingskosten welke die agent voor de onderdelen betaalt, plus een bedrag voor materiaalkosten van Mercedes-Benz (zie § 13, lid 3, van de agentuurovereenkomst).

111 Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de garantievergoeding commercieel ontoereikend is, en dat er dus voor de agent een reëel financieel risico is verbonden aan de verplichting om garantiereparaties uit te voeren. Uit de litigieuze beschikking blijkt niet dat deze met de verkoop van Mercedes-Benz-voertuigen verbonden activiteit werkelijk uitzonderlijke risico's

meebrengt, ook al kan zij, wanneer zij niet correct en efficiënt wordt verricht, verlies opleveren, en de winst die de agent met de verkoop van auto's maakt, verminderen of zelfs tenietdoen. Tevens moet worden geoordeeld dat de Commissie niet heeft bewezen dat de verplichtingen van de agent om een garage in te richten, service te bieden en onderdelen in te kopen en aan te houden, aanzienlijke economische risico's meebrengen.

112 In wezen doet de Commissie niets anders dan de verplichtingen opsommen die op grond van de agentuurovereenkomst op de agent rusten en verband houden met de autoverkoop, en aangeven hoe groot volgens haar de omzet is die de agent met contractueel met de autoverkoop verbonden activiteiten behaalt, in vergelijking met die uit de verkoop van de auto's zelf. Zij toont evenwel niet aan, in hoeverre die verplichtingen substantiële risico's vormen voor de agent. De Commissie heeft de omvang die deze verplichtingen in de praktijk hebben, niet correct beoordeeld. Het Gerecht is van oordeel dat deze verplichtingen geen commercieel risico vormen op grond waarvan de Mercedes-Benz-agent als onafhankelijke marktdeelnemer kan worden aangemerkt.

113 Derhalve doet aan de in punt 102 supra uiteengezette kwalificatie van de rechtspositie van de Duitse Mercedes-Benz-agent voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG niet af dat de Duitse Mercedes-Benz-agenten op grond van de agentuurovereenkomst verplicht zijn, een aantal activiteiten te verrichten en zekere financiële risico's te dragen. Tevens moet worden benadrukt dat het gaat om activiteiten die worden verricht op andere markten dan de in casu in geding zijnde. Zo al moet worden erkend dat die verplichtingen voor de agent bepaalde beperkte risico's meebrengen, kunnen deze op zich de kwalificatie van de verhouding tussen verzoekster en haar agenten voor de toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van de betrokken markt niet wijzigen.

114 Verder zet de Commissie in de litigieuze beschikking uiteen dat enkele bepalingen van de Duitse agentuurovereenkomst gelijk zijn aan die van de in België en Spanje gesloten dealerovereenkomsten, en trekt zij daaruit de conclusie dat „de opgelegde verplichtingen identiek zijn en dat beide distributieondernemingen in dezelfde mate

‚opgenomen' zijn in de verkooporganisatie van Mercedes-Benz" en dat „deze kenmerken [...] dus geen geschikt criterium [zijn] voor het maken van een onderscheid tussen een handelsagent en iemand die voor eigen rekening handelt" (punt 165).

115 De betrokken bepalingen hebben met name betrekking op de verplichting om alles in het werk te stellen om de goederen te distribueren, om verzoeksters belangen op het gebied van het gebruik van de naam en het merk Mercedes-Benz te behartigen, en op de regels voor het oprichten van nevenvestigingen en showrooms buiten de hoofdvestiging. Deze bepalingen betreffen hoofdzakelijk ondergeschikte aspecten die voor elke distributieovereenkomst gelden, en daaraan kan, zoals de Commissie zelf zegt, geen onderscheid tussen de handelsagent en iemand die voor eigen rekening handelt, worden opgehangen.

116 Anders dan de Commissie in punt 165 van de litigieuze beschikking stelt, tonen deze bepalingen niet aan dat de Belgische en Spaanse Mercedes-Benz-distributeurs in dezelfde mate zijn opgenomen in de verkooporganisatie van Mercedes-Benz als haar Duitse agenten. Deze conclusie van de Commissie is kennelijk onjuist en houdt geen rekening met de fundamentele verschillen tussen de Duitse agenten en de Belgische en Spaanse distributeurs betreffende de verkoop van voertuigen van het merk Mercedes-Benz.

117 De standaarddistributieovereenkomsten van Mercedes-Benz in België en Spanje bepalen, anders dan de Duitse agentuurovereenkomst, met name dat de dealer verantwoordelijk is voor de afzet van de voertuigen en de onderhandelingen over de verkoop. De dealer koopt zijn producten en verkoopt ze aan zijn klanten voor eigen rekening, in eigen naam en voor eigen risico (zie artikel 2 van de Belgische en artikel 6 van de Spaanse overeenkomst). Ook wordt in de standaarddistributieovereenkomsten van Mercedes-Benz in België en Spanje bepaald dat Mercedes-Benz en haar dealers onafhankelijk blijven. De dealer is geen agent of gevolmachtigde van

Mercedes-Benz en partijen kunnen zich jegens elkaar niet binden (zie artikel 2 van de Belgische en artikel 6 van de Spaanse overeenkomst). Voorts moeten de Belgische en Spaanse dealers voortdurend — naast de zogeheten demonstratiewagens — een voorraad nieuwe voertuigen aanhouden die bestemd zijn om in hun vestigingen te worden geëxposeerd en aan hun klanten te worden geleverd (artikel 8 van de Belgische en artikel 15, sub a, van de Spaanse overeenkomst). Evenals het geval is bij de Duitse agentuurovereenkomst, zijn de verkoopvoorwaarden aan de Belgische en de Spaanse overeenkomst gehecht, maar in dit laatste geval zijn het de voorwaarden voor de verkoop van voertuigen door het Mercedes-Benz-concern aan de dealer (artikel 12 van de Belgische en artikel 8 van de Spaanse overeenkomst).

118 Het Gerecht is dan ook van oordeel dat, anders dan de Commissie concludeert, deze factoren het belangrijke verschil onderstrepen tussen enerzijds de rol van de Duitse agent, die in de onderneming van zijn opdrachtgever Mercedes-Benz is opgenomen, en anderzijds de onafhankelijke distributeur in België en Spanje. Zoals reeds gezegd, is de in geding zijnde markt die van de detailhandel in personenauto's van het merk Mercedes-Benz. De onafhankelijke distributeur kan de voorwaarden bepalen, althans beïnvloeden, waaronder die verkopen worden gerealiseerd, aangezien hij de verkoper is, het belangrijkste prijsrisico van het voertuig draagt en de voertuigen in voorraad heeft. Deze onderhandelingsmarge van de distributeur, die tussen de fabrikant en de klant in staat, brengt voor de distributeur het risico mee dat artikel 81 EG op zijn relatie met de producent wordt toegepast. In feite zijn de rol en de rechtspositie van de Duitse Mercedes-Benz-agent in casu geheel anders.

119 Mitsdien is niet rechtens voldoende bewezen dat er sprake is van een kartel in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

120 Het eerste middel dient derhalve gegrond te worden verklaard.

Het tweede middel: schending van artikel 81 EG en van verordening nr. 1475/95 wat de eerste en de derde door de Commissie in de litigieuze beschikking geconstateerde maatregel betreft

121 Het tweede middel bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie in de litigieuze beschikking niet aantoont dat Mercedes-Benz met haar handelsagenten in Duitsland overeenkomsten heeft gesloten waarbij aan deze laatsten in strijd met artikel 81, lid 1, EG werd verboden, voertuigen aan buitenlandse eindgebruikers te verkopen. De instructies aan de agenten betroffen alleen de verkoop aan niet-erkende wederverkopers, zodat die instructies ingevolge artikel 3, lid 10, van verordening nr. 1475/95 zijn vrijgesteld. In de tweede plaats zijn de beperkingen van de levering aan leasebedrijven in Spanje en Duitsland geen beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG en zijn zij hoe dan ook vrijgesteld ingevolge verordening nr. 1475/95.

122 Uit de conclusies van het Gerecht inzake het eerste middel volgt dat het kartelverbod van artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing is op de door Mercedes-Benz met haar agenten in Duitsland gesloten agentuurovereenkomsten. De eventuele instructie van Mercedes-Benz aan haar agenten in Duitsland om geen voertuigen te verkopen aan klanten die zich buiten hun rayon bevinden, en de volgens de Commissie aan de levering aan leasebedrijven in Duitsland gestelde beperkingen, vallen dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG. Het is derhalve niet nodig, het eerste onderdeel van dit middel te onderzoeken, evenmin als het tweede onderdeel, voorzover dit betrekking heeft op de verplichtingen die op de Duitse agenten rusten ter zake van de onderhandelingen voor de verkoop van nieuwe voertuigen aan leasebedrijven.

Argumenten van partijen

123 Volgens verzoekster stelt de Commissie in de litigieuze beschikking ten onrechte dat de beperkingen op de bevoorrading van leasebedrijven in Spanje tot doel hebben de mededinging te beperken. De termen van de Spaanse dealerovereenkomsten zijn om verschillende redenen niet in strijd met artikel 81, lid 1, EG. Ten eerste worden leasebedrijven van het Mercedes-Benz-concern en leasebedrijven die niet tot dat concern behoren, wat prijsvoordelen of kortingen betreft, strikt gelijk behandeld. De leasebedrijven van het Mercedes-Benz-concern krijgen geen andere koopvoorwaarden dan de eindklant. Onjuist is ook dat grote afnemers automatisch recht hebben op korting. Het is aan Mercedes-Benz om te beslissen over het verlenen van korting aan grote klanten, en eventuele gevallen van ongelijke behandeling van leasebedrijven en „grote klanten" resulteren niet uit overeenkomsten die de mededinging beperken. Bovendien is de beslissing om een bepaalde categorie klanten al dan niet korting te verlenen, een eenzijdige handeling en geen overeenkomst als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG. Ten tweede heeft het verbod van bevoorrading van leasebedrijven, anders dan de Commissie in de litigieuze beschikking stelt, niet de beperking van de mededinging tot doel. In werkelijkheid gaat de levering van een auto aan een leasebedrijf niet sneller, aangezien de klanten van Mercedes-Benz over het algemeen een door henzelf gekozen model met door hen gekozen opties wensen. Uit de tabellen in de punten 14 en 22 van de litigieuze beschikking blijkt dat de niet tot het concern behorende leasebedrijven concurreren met verzoeksters eigen bedrijven. Ook is het marktaandeel van niet tot het concern behorende leasebedrijven in de leasing van Mercedes-Benz-voertuigen van 28 % in 1996 gestegen naar 36 % in 2000.

124 Zo al sprake zou zijn geweest van schending van artikel 81, lid 1, EG, was deze hoe dan ook vrijgesteld. Tot 30 september 1996 was het in geding zijnde verbod vrijgesteld ingevolge verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van

12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, [EG] op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB L 15, blz. 16).

125 Voorts was het verbod van bevoorrading van leasebedrijven vrijgesteld bij verordening nr. 1475/95 vanaf 1 oktober 1996, de datum van inwerkingtreding van deze verordening. Leasebedrijven die buiten reeds gesloten leaseovereenkomsten of in concreto in onderhandeling zijnde leaseovereenkomsten om auto's bestellen met het oog op het aanleggen van voorraden, handelen in de praktijk als wederverkopers op het moment dat zij die auto's in leasing geven.

126 Volgens artikel 1 is verordening nr. 1475/95 van toepassing op dealerovereenkomsten voor motorvoertuigen waarin de functie van de dealer wordt beschreven als „wederverkoop". „Wederverkoop" wordt in artikel 10, lid 12, van deze verordening gedefinieerd als de vervreemding van een voertuig dat de wederverkoper in eigen naam en voor eigen rekening heeft verworven. Verordening nr. 1475/95 maakt onderscheid tussen wederverkopers en eindklanten. Ingevolge artikel 3, lid 10, van de verordening kan aan de dealer worden verboden te leveren aan wederverkopers. Een dergelijk verbod beschermt het selectieve distributiestelsel.

127 Artikel 10, lid 12, van verordening nr. 1475/95 beschouwt weliswaar als een geval van wederverkoop een leaseovereenkomst van de afnemer van de dealer met een lessee, die eigendomsoverdracht of een koopoptie inhoudt, maar deze verordening bevat geen aanwijzingen voor het antwoord op de vraag, of leasebedrijven die nog geen concrete transactie met een derde over het desbetreffende voertuig hebben afgesloten, als „wederverkoper" of als „eindklant" moeten worden aangemerkt. Anders dan de Commissie stelt, zou het echter absurd zijn, artikel 10, lid 12, van verordening nr. 1475/95 aldus uit te leggen dat alleen als „wederverkoop" kan worden aangemerkt een leaseovereenkomst die een koopoptie bevat die de lessee

reeds vóór de afloop van de overeenkomst tot eigenaar maakt. Deze bepaling houdt veeleer in dat een leaseovereenkomst gelijkstaat met wederverkoop wanneer de lessee reeds bij sluiting van de overeenkomst of gedurende de looptijd een koopoptie krijgt. Artikel 10, lid 12, van deze verordening geldt voor alle leaseovereenkomsten die eigendomsoverdracht of een koopoptie inhouden.

128 Voorts heeft deze bepaling in de lidstaten zeer verschillende gevolgen naar gelang van de gebruikelijke vorm van de leaseovereenkomst in het desbetreffende land. Naar Spaans recht worden geen leaseovereenkomsten gesloten zonder koopoptie bij het einde van het contract. Een Spaans leasebedrijf is dan ook altijd een „wederverkoper".

129 Ingevolge de Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervencion de las Entitades de Crédito (Spaanse wet nr. 26/1988 van 29 juli 1988 inzake het toezicht op kredietinstellingen) (hierna: „wet 26/1988") moet in een leaseovereenkomst per definitie een koopoptie voor de lessee worden opgenomen. Bevat de leaseovereenkomst die optie niet, dan geldt de overeenkomst als huurovereenkomst. In verband met het uit te oefenen toezicht mogen leasebedrijven dergelijke huurovereenkomsten echter niet sluiten. Leasebedrijven beperken zich daarom in Spanje tot echte leasetransacties met een koopoptie voor de lessee. Daarmee voldoen alle leaseovereenkomsten in Spanje aan de voorwaarden van artikel 10, lid 12, tweede volzin, van verordening nr. 1475/95 en moeten zij worden aangemerkt als wederverkoop.

130 Wanneer de concrete bestemming van het motorvoertuig nog niet vaststaat, dient verzoekster ten minste een mogelijkheid te hebben om het selectieve distributiestelsel te beschermen tegen niet-toegestane wederverkopen, die dan niet meer te controleren of vast te stellen zijn.

131 Indien leasebedrijven buiten de financieringsfunctie als onafhankelijke handelaren op de markt konden optreden, zouden zij snel over modellen kunnen beschikken en aanzienlijke kortingen kunnen geven doordat zij grote aantallen afnemen, zonder verplicht te zijn aanzienlijke investeringen te doen en kosten te maken om te voldoen aan de eisen op het gebied van serviceverlening en onderhouds- en garantiewerkzaamheden aan de verkochte voertuigen. Wanneer leasebedrijven voorraden zouden mogen aanleggen, zou het kwaliteitsniveau van het selectieve distributiestelsel niet zijn gewaarborgd. Dit stelsel garandeert dat nieuwe voertuigen in technisch onberispelijke toestand worden opgeslagen en dat zij pas na deskundige controle bij de overdracht aan de klant worden geleverd. De handhaving van dit kwaliteitsniveau is absoluut noodzakelijk om de reputatie van het merk Mercedes-Benz te garanderen.

132 De beperking van de bevoorrading van leasebedrijven heeft tot doel, omzeiling van het verbod van levering aan wederverkopers te voorkomen. De Commissie definieert het doel van verordening nr. 1475/95 overigens aldus. De Commissie gaat met haar oordeel dat de beperking van die leveringen niet door verordening nr. 1475/95 wordt vrijgesteld, voorbij aan de beginselen die door het Hof met betrekking tot verordening nr. 123/85 zijn geformuleerd in het arrest Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, en in het arrest Hof van 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Jurispr. blz. I-3439). Volgens deze rechtspraak moeten leasebedrijven als wederverkopers worden aangemerkt wanneer zij zich niet beperken tot de aankoop van auto's om te voldoen aan de vraag van hun klanten, maar voorraden aanleggen „die zij aanbieden aan klanten die daarvoor belangstelling hebben".

133 De Commissie bestrijdt het betoog van verzoekster dat de in geding zijnde maatregelen de mededinging niet belemmeren.

134 Het is verzoeksters bedoeling geweest, de tussenpersonen te beletten, grotere transacties af te sluiten, die in omvang overeenkomen met het volume van de vraag van leasebedrijven, en daarmee stelselmatig de schaalvoordelen waarmee dergelijke

volumes normaal gesproken gepaard gaan, door te geven aan die bedrijven, die concurreren met de leasebedrijven van Mercedes-Benz.

135 De uitlegging die verzoekster van verordening nr. 1475/95 geeft, is onjuist. Deze verordening houdt geen vrijstelling in van het verbod van leveringen aan leasebedrijven voor het aanleggen van voorraden of reserves. De verordening staat de fabrikant toe, zijn dealers te verbieden, nieuwe voertuigen te verkopen aan wederverkopers die niet tot zijn distributienetwerk behoren, zonder het recht op vrijstelling te verliezen. In welke omstandigheden de sluiting van een leaseovereenkomst als wederverkoop moet worden aangemerkt, is vastgelegd in artikel 10, lid 12, van de verordening. Dit is het geval wanneer de overeenkomst „eigendomsoverdracht meebrengt of een recht tot koop vóór het verstrijken van de overeenkomst inhoudt". In alle andere gevallen is het leasebedrijf te beschouwen als eindklant en mag de verkoop aan een dergelijk bedrijf niet worden verboden of beperkt. Verzoeksters uitlegging van artikel 10, lid 12, van verordening nr. 1475/95 is derhalve te ruim. De desbetreffende bepalingen in de Spaanse dealerovereenkomsten maken geen onderscheid naargelang het voertuig volgens de door het leasebedrijf gebruikte overeenkomst meteen of pas na afloop van de looptijd van de overeenkomst kan worden aangekocht (punt 110 van de litigieuze beschikking), maar verbieden de levering aan leasebedrijven onafhankelijk daarvan, zodra wordt besteld voor de voorraad. Dit maakt van het leasebedrijf echter geen wederverkoper.

136 Het gevaar dat leasebedrijven auto's die rechtstreeks uit hun voorraden afkomstig zijn of ten aanzien waarvan de overeenkomst nog niet is verstreken, verkopen aan klanten die daarvoor belangstelling hebben, kan worden tegengegaan door dit contractueel uit te sluiten. Dit geeft verzoekster echter niet het recht, levering aan die bedrijven te verbieden wanneer die auto's bestemd zijn voor het aanleggen van voorraden.

137 Artikel 10, lid 12, van verordening nr. 1475/95 beoogt te verhinderen dat het verbod van levering aan wederverkopers wordt omzeild. Volgens deze bepaling is sprake van omzeiling in alle gevallen waarin de lessee het recht heeft om de eigendom van

de geleasde auto te verwerven vóór de afloop van de leaseovereenkomst. Of er sprake is van omzeiling, hangt af van het tijdstip waarop de eigendom van de auto moet of kan overgaan op de lessee, niet van het tijdstip waarop de lessee het recht van eigendomsverwerving bij het einde van de overeenkomst verwerft. De arresten Volkswagen en VAG Leasing, punt 41 supra, en Bayerische Motorenwerke, punt 132 supra, betreffen de rechtstoestand volgens verordening nr. 123/85, die geen uitdrukkelijke regeling voor leaseovereenkomsten inhield. In deze leemte is voorzien door verordening nr. 1475/95, waarin is bepaald dat er alleen sprake is van wederverkoop wanneer de lessee op grond van de koopoptie de eigendom van de auto kan verwerven vóór de afloop van de leaseovereenkomst.

Beoordeling door het Gerecht

138 Het Gerecht merkt op dat de Commissie in de litigieuze beschikking met name heeft vastgesteld dat verzoekster, zelf of via MBE, van 1 oktober 1996 tot de aan vaststelling van deze beschikking de levering van auto's aan leasebedrijven in Spanje ten behoeve van voorraadvorming heeft beperkt, en dat die beperking niet was vrijgesteld ingevolge verordening nr. 1475/95.

139 In het kader van het tweede onderdeel van dit middel stelt verzoekster dat artikel 4, sub d, van de Spaanse dealerovereenkomst niet in strijd is met artikel 81, lid 1, EG en dat het verbod van levering van auto's aan leasebedrijven in Spanje ten behoeve van voorraadvorming hoe dan ook is vrijgesteld bij verordening nr. 1475/95.

140 In dit verband constateert de Commissie in punt 196 van de litigieuze beschikking: „De beperking van de levering aan ‚externe leasebedrijven' keert zich gericht tegen leasebedrijven die een groter aantal voertuigen of hele ‚wagenparken' voor leasing

willen aankopen waarvoor ze nog geen individuele klanten hebben gevonden." In punt 176 constateert zij met name dat de bepalingen betreffende de leasetransacties van de dealers en de agenten een beperking van de concurrentie op het gebied van prijs- en leveringsvoorwaarden voor lease-auto's beogen. Onder verwijzing naar vaste rechtspraak stelt zij vast dat het niet nodig is, uiteen te zetten dat de litigieuze maatregelen een dergelijke beperking ook bewerkstelligen, daar het voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG voldoende is dat die maatregelen een beperking van de mededinging beogen (punt 178).

141 Het Gerecht merkt allereerst op dat de Commissie in de litigieuze beschikking geen onderscheid maakt tussen de Duitse en de Spaanse markt met betrekking tot de beperkingen die zouden zijn gesteld op de levering aan leasebedrijven. Zij gaat er immers van uit dat artikel 4, sub d, van de Spaanse dealerovereenkomst dezelfde beperkingen meebracht als § 2, lid 1, van de overeenkomst met de Duitse agenten (zie met name punten 105-111 en 176).

142 Blijkens de argumenten die verzoekster in het kader van het tweede onderdeel van dit middel naar voren heeft gebracht, worden echter de contractsverhoudingen op het gebied van leasing in Spanje, anders dan in Duitsland, geregeld door een specifieke wet, wet 26/1988.

143 Aanvullende bepaling nr. 7 van wet 26/1988 bevat met name de volgende voorschriften:

„1. Als leasing wordt beschouwd elke overeenkomst die uitsluitend tot doel heeft, de cessie van het gebruik van roerende of onroerende zaken, die voor dat doel zijn aangekocht volgens de specificaties van de toekomstige gebruiker, tegen een prestatie bestaande uit de periodieke betaling van de huurprijs waarop lid 2 van deze

bepaling betrekking heeft. De gebruiker mag de zaken waarop de cessie betrekking heeft, slechts gebruiken voor zijn activiteiten op het gebied van landbouw, visserij, industrie, handel, handwerk, dienstverlening of de uitoefening van een vrij beroep. De leaseovereenkomst omvat noodzakelijkerwijs het recht van de gebruiker om bij het einde van de overeenkomst de geleasde zaak aan te kopen.

Wanneer de gebruiker om welke reden ook niet overgaat tot aankoop van de zaak waarop de overeenkomst betrekking heeft, kan de lessor deze cederen aan een nieuwe gebruiker, zonder dat het feit dat de zaak niet is aangekocht overeenkomstig de specificaties van de nieuwe gebruiker, zal worden geacht af te doen aan het in de vorige alinea neergelegde beginsel.

2. De overeenkomsten waarop deze bepaling betrekking heeft, hebben een duur van ten minste twee jaar wanneer zij roerende zaken en tien jaar wanneer zij onroerende zaken of industriële installaties betreffen. Ter voorkoming van misbruik kan de regering evenwel een andere minimumduur vaststellen naar gelang van de kenmerken van de verschillende zaken waarop die overeenkomsten betrekking kunnen hebben."

144 Met ingang van 1 januari 1996 is lid 2 van aanvullende bepaling nr. 7 van wet 26/1988 vervangen door artikel 128, lid 2, van wet 43/1995 van 27 december 1995 inzake de vennootschapsbelasting (*BOE* nr. 310, van 28 december 1995, blz. 37072), dat bepaalt:

„2. De overeenkomsten waarop het vorige lid betrekking heeft, hebben een duur van ten minste twee jaar wanneer zij roerende zaken en tien jaar wanneer zij onroerende zaken of industriële installaties betreffen. Ter voorkoming van misbruik kan evenwel bij algemene maatregel van bestuur een andere minimumduur worden vastgesteld naar gelang van de kenmerken van de verschillende zaken waarop die overeenkomsten betrekking kunnen hebben."

145 Blijkens deze bepalingen gelden voor in Spanje gesloten leaseovereenkomsten bepaalde specifieke voorwaarden. Zo

— hebben zij een duur van ten minste twee jaar voor roerende zaken, met inbegrip van auto's;

— bevatten zij noodzakelijkerwijs het recht voor de lessee om bij het einde van de overeenkomst de zaak aan te kopen;

— worden roerende zaken waaromtrent een leasovereenkomst wordt gesloten, met inbegrip van auto's, voor dat doel door het leasebedrijf aangekocht volgens de specificaties van de lessee.

146 Dit betekent dat de Spaanse wet voor leaseovereenkomsten eist dat Spaanse leasebedrijven ten tijde van de aankoop van de auto reeds een lessee voor de auto hebben.

147 De stilzwijgende veronderstelling van de Commissie dat de clausules in de Duitse en de Spaanse overeenkomsten hetzelfde effect hebben, is dus onjuist, hetgeen in het kader van het onderhavige middel twee consequenties heeft.

148 In de eerste plaats moeten in Spanje gesloten leaseovereenkomsten een duur van ten minste twee jaar hebben en kan het recht van aankoop pas bij het einde van de overeenkomst worden uitgeoefend. Het recht van aankoop kan dus eerst na verloop van ten minste twee jaar worden uitgeoefend. Dit betekent dat de lessee in Spanje door het uitoefenen van zijn kooprecht geen nieuwe auto kan kopen.

149 In dit verband zij eraan herinnerd dat verordening nr. 1475/95 van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG vrijstelde, overeenkomsten waarbij de ene partij (de leverancier) zich tegenover de andere (de distributeur) ertoe verbond, binnen een afgebakend deel van de gemeenschappelijke markt bepaalde nieuwe motorvoertuigen, alsmede in verband daarmee de reserveonderdelen ervan, voor wederverkoop slechts te leveren aan hem, of aan hem en aan een bepaald aantal van het distributienet deel uitmakende ondernemingen (artikel 1).

150 Overeenkomstig artikel 3, lid 10, van verordening nr. 1475/95 gold de vrijstelling eveneens wanneer de vorenbedoelde verbintenis werd verbonden aan die van de dealer om aan een wederverkoper slechts contract- en daarmee overeenstemmende producten te leveren, wanneer deze wederverkoper een van het distributienet deel uitmakende onderneming was. De term „wederverkoop" was gedefinieerd in artikel 10, lid 12, van de verordening als „elke transactie waarbij een natuurlijke persoon of rechtspersoon — ‚wederverkoper' — een motorvoertuig in nieuwe staat vervreemdt, dat hij tevoren in eigen naam en voor eigen rekening heeft verworven, ongeacht hoe de transactie waarbij deze wederverkoop geschiedt, juridisch naar burgerlijk recht wordt gekwalificeerd en wat de nadere bijzonderheden van die transactie zijn". In datzelfde lid werd met wederverkoop gelijkgesteld „[e]lke leasingovereenkomst welke eigendomsoverdracht meebrengt of een recht tot koop vóór het verstrijken van de overeenkomst inhoudt".

151 Deze verordening stond leveranciers met name toe, in het kader van de overeenkomsten die golden voor hun exclusieve distributienet, aan de dealers te verbieden om te leveren aan een koper die wederverkoper was in de zin van artikel

10, lid 12, van de verordening, met inbegrip van een koper die was gelijkgesteld met een wederverkoper op grond van het feit dat hij nieuwe auto's vervreemdt in het kader van leaseovereenkomsten zoals gedefinieerd in dezelfde bepaling.

152 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat uit artikel 4, sub d, van de Spaanse dealerovereenkomst duidelijk blijkt dat het aan de dealers opgelegde verbod niet geldt voor alle leveringen aan niet tot het Mercedes-Benz-concern behorende leasebedrijven, maar alleen voor leveringen waarvoor die bedrijven geen bekende klanten hadden.

153 Uit de definitie van de term „wederverkoop" in artikel 10, lid 12, van verordening nr. 1475/95 volgt dat de mogelijkheid voor een leverancier om de dealers te verbieden, aan met „wederverkopers" gelijkgestelde natuurlijke of rechtspersonen te leveren, alleen geldt in gevallen waarin die laatsten nieuwe auto's verkopen. Deze gelijkstelling van de leaseovereenkomst met wederverkoop heeft tot doel, de leverancier in staat te stellen ervoor te zorgen dat het distributienet intact blijft, door te voorkomen dat een leaseovereenkomst die eigendomsoverdracht meebrengt of een recht van koop vóór het einde van de overeenkomst inhoudt, wordt gebruikt om verwerving van de eigendom van een voertuig dat nog nieuw is, buiten het exclusieve distributienet om, te vergemakkelijken.

154 Anders dan verzoekster stelt, volgt derhalve uit wet 26/1988 niet dat elke Spaanse leaseovereenkomst automatisch voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling van artikel 2, lid 10, van verordening nr. 1475/95.

155 Het argument van verzoekster inzake de toepassing van de vrijstellingsbepalingen van verordening nr. 1475/95 is derhalve ongegrond.

156 In de tweede plaats, aangezien de Spaanse wet eist dat elk leasebedrijf reeds een bekende lessee heeft op het tijdstip van verwerving van de auto, vloeien de door de Commissie in punt 176 van de litigieuze beschikking genoemde beperkingen reeds voort uit de toepasselijke wetgeving, los van artikel 4, sub d, van de Spaanse dealerovereenkomst. Met andere woorden, de niet tot het Mercedes-Benz-concern behorende bedrijven bevinden zich reeds ten gevolge van die wetgeving in dezelfde situatie als de bedrijven die tot dit concern behoren. Het argument van verzoekster dat de beperkingen van de bevoorrading van leasebedrijven in Spanje geen mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormen, is dus gegrond.

157 Bijgevolg dient artikel 1, derde streepje, van de litigieuze beschikking nietig te worden verklaard voorzover het de inbreuk in Spanje betreft.

Het derde middel: schending van artikel 81, lid 1, EG en kennelijk onjuiste beoordeling van de tweede en de vierde maatregel die de Commissie in de litigieuze beschikking heeft geconstateerd

158 Het derde middel bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie het bestaan van een overeenkomst met haar Duitse agenten op grond waarvan dezen van eenmalige klanten een aanbetaling van 15 % van de verkoopprijs van de auto moeten vragen, niet heeft bewezen. Verder is zij van mening dat deze aanbetaling hoe dan ook objectief gerechtvaardigd was en dat zij het recht had, haar agenten op te dragen deze aanbetaling te verlangen. In de tweede plaats is verzoekster van mening dat de Commissie in de litigieuze beschikking ten onrechte de ontmoeting tussen de negen leden van de vereniging van Mercedes-Benz-dealers in België en de directie van MBBel op 20 april 1995 als bewijs heeft beschouwd dat er tussen hen een overeenkomst bestond met het doel de prijsconcurrentie in België te belemmeren.

159 Uit het oordeel van het Gerecht inzake het eerste middel volgt dat artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing is op de door Mercedes-Benz bij rondschrijven nr. 52/85 van 12 september 1985 aan haar Duitse agenten gegeven opdracht om van hun eenmalige buitenlandse klanten een aanbetaling van 15 % van de prijs van het voertuig te vragen. Het eerste onderdeel van dit middel behoeft dus niet te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

160 Verzoekster stelt dat de Commissie in de litigieuze beschikking de ontmoeting tussen de negen leden van de vereniging van Mercedes-Benz-dealers in België en de directie van MBBel op 20 april 1995 ten onrechte als bewijs heeft beschouwd dat er tussen deze vereniging en MBBel een overeenkomst bestond met als doel de prijsconcurrentie in België te belemmeren. De vereniging van Belgische dealers kon geen voor haar leden bindende beslissingen nemen, maar slechts aanbevelingen doen. Voorts blijkt uit de tijdens deze ontmoeting door een dealer, dhr. Kalscheuer, gemaakte opmerking dat „de betrekkingen tussen de dealers door de actie tegen dumping waren verbeterd", dat de dealers reeds eerder tot deze maatregel hadden besloten.

161 MBBel heeft weliswaar aan de ontmoeting op 20 april 1995 deelgenomen en de vereniging van Belgische dealers heeft op eigen initiatief voorgesteld, de korting voor de nieuwe W 210-serie te beperken tot 3 %, maar MBBel is horizontaal noch verticaal betrokken geweest bij de vaststelling van de verkoopprijzen, heeft geen maatregelen genomen ter uitvoering van dit voorstel, en heeft dit voorstel ook niet goedgekeurd. MBBel heeft dit soort voorstellen juist steeds afgewezen. Zij was slechts aanwezig als waarnemer en importeur. Er zijn ook geen opmerkingen van een MBBel-vertegenwoordiger genotuleerd. Het feit dat MBBel als enige in staat was de toewijzing van auto's te verminderen, bewijst niet dat zij dit inderdaad gedaan heeft.

162 MBBel heeft tijdens de bewuste ontmoeting niet de belangen van de filialen behartigd. Destijds waren de filialen nog geen actief lid van de vereniging. Het ligt overigens niet voor de hand dat de filialen belang hadden bij beperking van de kortingen. Dit wordt aangetoond door het feit dat blijkens de notulen van de vereniging dealer Goossens de filialen „verkoop tegen dumpingprijzen" heeft verweten. De in de litigieuze beschikking geformuleerde grief betreffende horizontale beperking (zie punt 141), die in de mededeling van de punten van bezwaar niet was opgenomen, had dus niet in overweging mogen worden genomen. Het hierna in punt 177 uiteengezette argument van de Commissie is een geval van selectief citeren uit de mededeling van de punten van bezwaar (zie punt 186 van die mededeling). Bovendien kon de „actie tegen dumping", die vóór 20 april 1995 was gevoerd, slechts als „horizontale" overeenkomst worden aangemerkt, voorzover hiertoe was besloten door dealers onderling. Al heeft de Commissie in punt 168 van de mededeling van de punten van bezwaar verklaard dat MBBel aan deze actie tegen dumping had deelgenomen, dit bewijst nog niet dat MBBel daaraan had deelgenomen als concurrent van de dealers.

163 Tevens vormt de brief van MBBel aan Mercedes-Benz AG van 17 oktober 1995 (punt 119 van de litigieuze beschikking) geen bewijs van het belang dat MBBel bij het verlenen van een matige korting door de Belgische dealers had. MBBel noemde immers de gemiddelde catalogusprijzen en niet de daadwerkelijk door de dealers berekende prijzen. Bovendien kan uit de brief van MBBel van 14 maart 1996 waarin een Belgische dealer uit Charleroi die zich tegenover een klant had voorgedaan als vertegenwoordiger van een dealer uit Namen, tot de orde werd geroepen, niet het bewijs worden afgeleid dat MBBel de voor een auto van het model W 210 verleende korting „van 6 %", afkeurde.

164 De Commissie doet tegenstrijdige uitspraken over de deelname van MBBel, in die zin dat zij tegelijkertijd stelt dat MBBel „bereid [was een beperking van de kortingen] actief te ondersteunen" (punt 115 van de litigieuze beschikking) en dat MBBel deze matiging had „goedgekeurd" (punt 120). Vervolgens erkent de Commissie weliswaar dat een bepaald initiatief van de zijde van de dealers aan de ontmoeting van 20 april

1995 was voorafgegaan, maar verklaart zij dat MBBel tijdens die ontmoeting duidelijk de leiding heeft genomen (punt 233 van de litigieuze beschikking).

165 Dat Mercedes-Benz nu en dan door testkopers liet onderzoeken of de dealers zich volledig aan hun rol hielden, heeft niets van doen met de gestelde verkoopprijsvaststellingen. Dergelijke methoden, die ook door andere automerken worden gehanteerd, zijn volkomen legitiem, daar de dealers zich in hun dealerovereenkomst verbinden tot een kwalitatief hoogwaardig marktoptreden. Voorts was bij dit onderzoek de kortingpraktijk van de dealers slechts een van de vele onderzochte aspecten.

166 Er bestaat geen verband tussen de bijeenkomst van 20 april 1995 en de vergadering die op 27 maart 1996 te Antwerpen is gehouden (zie punt 117 van de litigieuze beschikking). In het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 staat dat de verkopen zullen worden onderzocht tot „eind 1995" en het verslag van de vergadering van 27 maart 1996 betreft testaankopen die kennelijk in 1996 waren gedaan.

167 Met de opdracht bij fax van MBBel van 26 november 1996 aan de firma Tokata om testkopers naar de dealers en bepaalde groothandelaren te sturen, was MBBel niet in staat het kortinggedrag voor voertuigen uit de C-klasse combi 220 D en 250 TD te verifiëren. De verzamelde gegevens waren geanonimiseerd en het was niet mogelijk tegen specifieke dealers op te treden. Het betrof een algeheel onderzoek naar de gehele service aan de klanten en niet uitsluitend een onderzoek naar de kortingen, en het betrof niet alleen bezoeken aan de dealers, maar ook aan dertien parallelimporteurs. Voorzover dit onderzoek werd verricht, kan daaruit niet worden

geconcludeerd dat het erom ging, de dealers de gepubliceerde prijzen op te dringen. Voorts bevat de fax geen aanwijzingen dat de betrokkenen de voorkeur hadden gegeven aan een korting van maximaal 3 %. Het verslag van de ontmoeting van 20 april 1995 betrof bovendien andere series voertuigen dan de fax van MBBel van 26 november 1996 aan de firma Tokata.

168 De verkoopprijsvaststelling die in België zou hebben plaatsgehad, heeft de handel tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloed. Zo al zou worden aangenomen dat er werkelijk een overeenkomst over de kortingen was gesloten, dan had deze uitsluitend betrekking op verkopen in België. De omvang van de grensoverschrijdende verkopen is daardoor niet beïnvloed. Bovendien heeft de gestelde schending niet geduurd van 20 april 1995 tot het rondschrijven van 10 juni 1999. De Commissie heeft niet gepreciseerd of de schending steeds met dezelfde intensiteit is begaan. De in het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 genoemde „actie tegen dumping" was tijdelijk, had alleen betrekking op het model W 210 en moest alleen gelden tijdens de introductie van het nieuwe model, dat wil zeggen tot eind 1995. Uit het verslag van de vergadering van 27 maart 1996 blijkt dat de Antwerpse dealers hebben vastgesteld dat er geen consensus bestond over de kortingen. Bovendien blijkt uit de overige door de Commissie geciteerde documenten niet dat de voorgestelde actie na 1995 moest worden doorgezet. Deze documenten betreffen slechts testaankopen die routinematig plaatsvonden en waarvan de resultaten geanonimiseerd waren, zodat het niet mogelijk was, enige sanctie tegen individuele dealers toe te passen.

169 Het is niet gerechtvaardigd, de verkoopprijsvaststelling in België aan verzoekster toe te rekenen.

170 In de eerste plaats is de Commissie in casu afgeweken van haar praktijk betreffende de oplegging van geldboeten aan een onderneming of het concern waarvan deze deel uitmaakt. De Commissie had verschillende factoren in aanmerking moeten nemen, namelijk de mate van autonome handelingsbevoegdheid van de dochteronder-

neming, de mate waarin de moederonderneming op de hoogte was van de met het kartelrecht strijdige activiteiten van de dochteronderneming, de eigen deelname van de moeder aan de inbreuk, de concrete invloed van de moeder op het ondernemingsbeleid van de dochter, en de vraag of er identiteit van personen bestaat in organen van moeder- en dochteronderneming [zie beschikking 87/1/EEG van de Commissie van 2 december 1986 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EEG-Verdrag (IV/31.128 — Vetzuren) (PB L 3, blz. 17); beschikking 86/398/EEG van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB L 230, blz. 1); beschikking 85/617/EEG van de Commissie van 16 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EEG-Verdrag (IV/30.839 — Sperry New Holland) (PB L 376, blz. 21); beschikking 84/388/EEG van de Commissie van 23 juli 1984 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EEG-Verdrag (IV/30.988 — Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector vlakglas in de Benelux-landen) (PB L 212, blz. 13); beschikking 78/155/EEG van de Commissie van 23 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel [81] van het EEG-Verdrag (IV/29.146 — BMW Belgium NV en Belgische BMW-concessiehouders) (PB L 46, blz. 33). In de automobielsector zijn de betrokken nationale verkoopfilialen aansprakelijk geacht wanneer de inbreuk in de betrokken lidstaat kon worden gelokaliseerd [beschikking 2001/146/EG van de Commissie van 20 september 2000 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/36.653 — Opel) (PB 2001, L 59, blz. 1)].

171 De stelling van de Commissie dat verzoekster voor het gedrag van MBBel aansprakelijk is omdat zij daarin voor bijna 100 % deelneemt, is onjuist. Volgens het arrest van het Hof van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punten 28 e.v.), volstaat het bezit van 100 % van het kapitaal als zodanig niet om de kartelrechtelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij aan te tonen. De Commissie had aan de hand van andere feitelijke elementen moeten aantonen dat verzoekster het gedrag van MBBel daadwerkelijk heeft beïnvloed. Verzoekster was niet op de hoogte van de activiteiten van MBBel en heeft deze niet actief gesteund. De Commissie heeft niet aangetoond dat verzoekster van de bijeenkomst van de vereniging van dealers van 20 april 1995 in kennis was gesteld. Zo MBBel al aan de „actie tegen dumping" had deelgenomen, dan was dat zonder verzoeksters toestemming. In repliek voegt verzoekster hieraan toe dat de

Commissie ten onrechte stelt dat het aan verzoekster is om aan te tonen dat deze inbreuk haar niet kan worden toegerekend, daar Mercedes-Benz zich tijdens de administratieve procedure als enige gesprekspartner van de Commissie had gepresenteerd met betrekking tot de in België begane inbreuk. De Commissie moet bewijzen dat Mercedes-Benz van de maatregelen tot prijsvaststelling op de hoogte was gesteld en deze „actief gesteund" had.

172 De Commissie stelt dat MBBel op 20 april 1995 samen met de Belgische dealervereniging heeft deelgenomen aan een overeenkomst om de toegestane kortingen tot 3 % te beperken. Niet-naleving daarvan zou leiden tot een beperking van de toewijzing van voertuigen. Verzoekster is aansprakelijk voor deze schending van de mededingingsregels, aangezien zij met MBBel een economische eenheid vormde.

173 Er bestaat niet de minste twijfel dat de deelnemers aan de bijeenkomst van 20 april 1995 de „antidumping"-maatregelen hebben genomen, daar de notulist, dhr. Rauw, in de notulen van deze bijeenkomst duidelijk onderscheid maakt tussen verklaringen, min of meer nadrukkelijke eisen, adviezen en aanbevelingen, en beoordelingen, verwijten en intentieverklaringen van de deelnemers. Voorts blijkt uit de alinea betreffende de testaankopen, het prijsgedrag van de Brusselse MBBel-filialen en de beperking van de toewijzing van voertuigen ingeval meer dan 3 % korting werd verleend, dat de discussie precies het nemen van deze maatregelen betrof, en wel met deelneming van MBBel.

174 Niet relevant zijn bovendien de argumenten van verzoekster dat in de notulen geen spoor is terug te vinden van de deelname van MBBel, dat MBBel slechts als importeur en niet als vertegenwoordiger van haar filialen heeft deelgenomen en dat de dealervereniging geen bindende besluiten kon nemen. Iemand die deelneemt aan een vergadering waar met de mededinging strijdige afspraken worden gemaakt, moet protesteren om duidelijk te maken dat hij niet meedoet aan die afspraken. Het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 maakt evenwel geen melding van enig

protest van MBBel. Deze heeft zelfs ingestemd met de beperking van de kortingen tot 3 %. Anders had dhr. Rauw niet kunnen notuleren dat bij overschrijding van deze grens de toewijzing van voertuigen zou worden beperkt; daartoe was alleen MBBel in staat.

175 Anders dan verzoekster stelt (zie punt 162 supra), had MBBel belang bij beëindiging van de prijsdumping. Het had voor MBBel geen zin de gemiddelde prijs hoog te houden wanneer de dealers steeds hogere kortingen verleenden en zo de geloofwaardigheid van de catalogusprijzen onderuit haalden. Voort levert MBBel als importeur niet alleen aan de Belgische dealers, wat een verticale verhouding tot stand brengt, maar via haar Brusselse filialen ook aan eindafnemers, hetgeen de door verzoekster betwiste horizontale verhouding tussen MBBel en de dealers tot stand brengt.

176 Dhr. Goossens van de Belgische dealervereniging achtte het kennelijk niet nodig dat naast het grote aantal leidinggevenden van MBBel ook vertegenwoordigers van de filialen aan de bijeenkomst van 20 april 1995 deelnamen, om deze filialen wegens prijsdumping aan te klagen. MBBel werd niet alleen als leverancier, maar ook als concurrent van de dealers gezien en zij heeft in beide hoedanigheden deelgenomen aan de overeenkomst over de beperking van de kortingen.

177 Anders dan verzoekster stelt (zie punt 162 supra), was de mededeling van de punten van bezwaar niet beperkt tot de verticale mededinging. De Commissie heeft (in punt 222 van de mededeling van de punten van bezwaar) uiteengezet dat de tussen MBBel en de dealers overeengekomen actie ter bestrijding van prijsdumping en het testen van het kortinggedrag met beperking van de toewijzing van voertuigen in geval van kortingen van meer dan 3 %, tot doel had, de prijsconcurrentie in België te beperken. MBBel wordt dus niet alleen aangesproken als partij bij een overeenkomst

die de naleving van een afspraak tot beperking van de kortingverlening door beperking van de toewijzing van voertuigen beoogt, maar in meer algemene zin als deelnemer aan een overeenkomst die is gericht op beperking van de kortingen, op het testen van het kortinggedrag en op beperking van de toewijzing van voertuigen in geval van kortingen van meer dan 3 %. Voorts kan verzoekster de juridische kwalificatie van de deelname van MBBel aan de overeenkomst niet nieuw noemen, daar de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar had aangegeven dat MBBel reeds vóór 20 april 1995 had deelgenomen aan een voornamelijk horizontale prijsafspraak, te weten de „actie tegen dumping". Een afspraak hoeft niet bindend naar burgerlijk recht te zijn om een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG te vormen (arrest Hof van 11 januari 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/ Commissie, C-277/87, Jurispr. blz. I-45, punt 13) (zie punt 160 supra).

178 Uit de litigieuze beschikking blijkt dat de Belgische dealers op de aangekondigde testaankopen verdacht moesten zijn, en dat MBBel er veel belang aan hechtte dat de dealers een zo hoog mogelijke wederverkoopprijs hanteerden (punten 117 en 119 van de litigieuze beschikking). Het argument van verzoekster dat de individuele oordelen over de verschillende dealers anoniem waren, is onjuist. De anonimiteit werd namelijk reeds in het verslag van de vergadering van 27 maart 1996 niet gerespecteerd, aangezien de dealer Van Steen NV daarin bij naam werd genoemd. Voorts waren de kortingen waartoe de vijf geteste dealers bereid waren, in het verslag niet gedetailleerd weergegeven, daar duidelijk was dat alle dealers meer korting hadden aangeboden dan door de vereniging was toegestaan. Latere onenigheid tussen de dealers over de hoogte van de korting is niet relevant, te meer daar de in geding zijnde overeenkomst hun met name jegens MBBel bond.

179 De opdracht aan de firma Tokata van 26 november 1996 toont aan hoezeer het kortinggedrag van de dealers, dat volgens verzoekster slechts een van vele aspecten was, op de voorgrond stond (zie punt 165 supra). Het werkelijke doel van de opdracht was, na te gaan hoe de 47 Belgische dealers zouden reageren op het verzoek om 7 % korting te verlenen.

180 Verzoekster ontkent het verband tussen enerzijds de overeenkomst van 20 april 1995 en anderzijds de testaankopen bij de vijf dealers te Antwerpen in het voorjaar van 1996 en de in november 1996 gegeven opdracht om testaankopen te doen bij alle Belgische dealers (zie punt 166 supra). De bij de afspraak van 20 april 1995 overeengekomen beperking in de tijd tot eind 1995, heeft echter alleen betrekking op de specifieke sanctie, de beperking van de toewijzing van voertuigen, en niet op de vastlegging van de maximumkorting van 3 %. De Commissie stelt niet dat de testaankopen zijn gedaan ter uitvoering van de beslissing van 20 april 1995, maar constateert dat deze wel aantonen dat de dealers met dergelijke acties rekening moesten houden. Voorts heeft MBBel op 14 maart 1996 haar ontstemming erover uitgesproken dat de verkoper van een dealer uit Charleroi een voertuig van de W 210-serie had verkocht met een korting van 6 %.

181 Wat de merkbare beperking van de handel tussen de lidstaten betreft, die door verzoekster wordt betwist (zie punt 168 supra), merkt de Commissie op dat het creëren en in stand houden van een kunstmatige hogeprijzenzone kan leiden tot handelsstromen die afwijken van de normale. Volgens de rechtspraak hebben praktijken die de mededinging beperken en het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale compartimentering tot gevolg (arrest Bayerische Motorenwerke, punt 131 supra, punt 20; arrest Hof van 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 95, en arrest Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 197).

182 Verzoekster heeft de verkoopprijsvaststelling in België pas beëindigd per rondschrijven van 10 juni 1999 (punt 223 van de litigieuze beschikking). De datum in het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995, eind 1995, betrof, zoals gezegd, uitsluitend de sanctie van beperking van de toewijzing van voertuigen en niet de afspraak om maximaal 3 % korting te geven. Het kortinggedrag van de dealers is ook in 1996 gecontroleerd (punten 117 en 118 van de litigieuze beschikking). Deze controle van het kortinggedrag was voorts niet beperkt tot de W 210-serie, maar betrof ook andere voertuigcategorieën, in casu de C-klasse. De voortzetting van de testaankopen, met als duidelijk zwaartepunt de controle van de door de dealers verleende kortingen waartoe op 20 april 1995 was besloten, de uitbreiding van de

actie tot andere voertuigseries en de kritiek op de verlening van te hoge kortingen (punt 119 van de litigieuze beschikking), bewijzen dat de afspraak van 20 april 1995, die blijkens het verslag ook reeds een voorgeschiedenis had, geenszins een tijdelijke, op zichzelf staande maatregel was. Wat het argument van verzoekster betreft, dat de prijsafspraak tot doel had de rentabiliteit van de dealers te verbeteren, dit doel kon niet worden bereikt met een maatregel met een duur van slechts enkele maanden.

183 De hierboven in de punten 169 tot en met 171 weergegeven argumenten van verzoekster betreffende haar aansprakelijkheid in het onderhavige geval zijn ongegrond. De aansprakelijkheid van verzoekster voor het gedrag van MBBel volgt reeds uit het feit dat deze vennootschap vrijwel geheel in handen van verzoekster was, en dat zij wegens haar afhankelijkheid van de moederonderneming geen eigen distributiebeleid kon voeren, maar met verzoekster een economische eenheid vormde.

184 In de eerste plaats behoeft de Commissie, wanneer de moederonderneming, zoals in casu, 100 % van de aandelen van haar dochteronderneming bezit, niet te bewijzen dat de moeder de dochter daadwerkelijk instructies geeft, die deze opvolgt. Blijkens het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra, waarnaar verzoekster verwijst, mag in een dergelijk geval worden aangenomen dat de moederonderneming inderdaad een beslissende invloed had op het gedrag van haar dochter, vooral wanneer zij zich tijdens de administratieve procedure als enige onderhandelingspartner van de Commissie betreffende de betrokken inbreuk heeft voorgesteld. In die omstandigheden was het aan verzoekster om dit vermoeden met afdoende bewijzen te weerleggen. In casu heeft verzoekster zich ook als enige onderhandelingspartner van de Commissie betreffende de in België gepleegde inbreuk voorgesteld. Ook heeft zij niet betwist dat zij in de positie verkeerde, een beslissende invloed uit te oefenen op het marktgedrag van deze dochter. Ten slotte heeft verzoekster op generlei wijze aangetoond dat MBBel zich zelfstandig had kunnen gedragen.

185 Tevens was verzoekster op de hoogte gesteld van de pogingen van MBBel om de gemiddelde prijzen op een hoog niveau te handhaven (punt 119 van de litigieuze beschikking).

Beoordeling door het Gerecht

186 Om te beginnen merkt het Gerecht op dat verzoekster kritiek heeft op het feit dat de Commissie met betrekking tot de bepaling van de verkoopprijzen in België voor het eerst in de litigieuze beschikking heeft gesteld dat MBBel had deelgenomen aan een horizontale beperking van de mededinging. Naar immers in de litigieuze beschikking wordt gesteld, „trad MBBel niet alleen als concurrent van de dealers op, namelijk als exploitant van twee vestigingen, maar ook als leverancier van de dealers". Voorts meende de Commissie in de litigieuze beschikking dat op dit laatste, verticale aspect, „duidelijk de nadruk van de overeenkomst" lag (punt 141).

187 Ofschoon verzoekster dit niet uitdrukkelijk stelt, vat het Gerecht dit argument op als een grief inzake schending van de rechten van de verdediging.

188 Uit artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, gelezen in samenhang met de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, 127, blz. 2268), volgt dat de Commissie de bezwaren die zij tegen de belanghebbende ondernemingen en ondernemersverenigingen inbrengt, moet meedelen, en in haar beschikkingen alleen die punten van bezwaar kan aanvoeren waarover dezen hun standpunt met betrekking tot de juistheid en relevantie van de door de Commissie gestelde feiten, punten van

bezwaar en omstandigheden behoorlijk kenbaar hebben kunnen maken (zie in die zin arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 9, en arrest Gerecht van 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-10/92–T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 33).

189 Het is vaste rechtspraak dat in de mededeling van de punten van bezwaar deze punten van bezwaar, hoe bondig ook, moeten worden gesteld in bewoordingen die voor de betrokkenen voldoende duidelijk zijn om te weten, welke gedragingen de Commissie hun verwijt. Alleen dan kan de mededeling van de punten van bezwaar de haar door de gemeenschapsverordeningen toegedachte functie vervullen, te weten de ondernemingen alle informatie verschaffen die zij nodig hebben om zich nuttig te verdedigen alvorens de Commissie een definitieve beschikking geeft (zie met name arresten Gerecht van 14 mei 1998, Mo och Domsjö/Commissie, T-352/94, Jurispr. blz. II-1989, punt 63; Enso Española/Commissie, T-348/94, Jurispr. blz. II-1875, punt 83, en Cascades/Commissie, T-308/94, Jurispr. blz. II-925, punt 42). Voorts is het vaste rechtspraak dat aan dit vereiste is voldaan wanneer in de beschikking aan de betrokkenen geen andere dan de in de mededeling der punten van bezwaar genoemde vergrijpen ten laste worden gelegd, en daarin slechts wordt uitgegaan van feiten waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken (zie met name arrest Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 94, en arrest Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 113). De eindbeschikking van de Commissie behoeft echter niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van de punten van bezwaar (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 67, en arrest ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald, punt 91).

190 De grief inzake schending van de rechten van de verdediging moet worden beoordeeld aan de hand van deze beginselen.

191 In casu moet worden nagegaan of het bezwaar dat MBBel heeft deelgenomen aan een horizontale beperking van de mededinging, in de mededeling van de punten van bezwaar in voldoende duidelijke bewoordingen is weergegeven om verzoekster in staat te stellen daarvan behoorlijk kennis te nemen.

192 Het Gerecht is van oordeel dat wanneer de mededeling van de punten van bezwaar de aard van de aan de betrokken onderneming verweten inbreuk op het mededingingsrecht en de belangrijkste feiten die in dit verband naar voren worden gebracht, duidelijk weergeeft, de onderneming in staat is om op deze beschuldiging weerwoord te geven en haar rechten te verdedigen. Een latere uiteenzetting van de bezwaren in de door de Commissie gegeven beschikking, waarin een economische afspraak als „verticaal" of „horizontaal" wordt aangemerkt, is geen inhoudelijke wijziging van de bezwaren zoals die zijn neergelegd in de mededeling van de punten van bezwaar.

193 De Commissie heeft zich in de mededeling van de punten van bezwaar niet met zoveel woorden uitgelaten over de horizontaliteit of verticaliteit van de in geding zijnde inbreuk, en heeft deze dus niet als „horizontaal" of „verticaal" aangemerkt. Verzoekster betwist evenwel niet dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar in het kort heeft uiteengezet, waarom MBBel werd verweten met de Belgische dealers een afspraak te hebben gemaakt over de bepaling van de verkoopprijzen van Mercedes-voertuigen in België. De belangrijkste feiten en punten van kritiek betreffende >het gedrag van MBBel waarop de Commissie zich in de litigieuze beschikking baseert, zijn derhalve in de mededeling van de punten van bezwaar weergegeven. Ook heeft de Commissie in de litigieuze beschikking overwogen dat het verticale aspect van de gestelde inbreuk centraal stond, en is het horizontale aspect slechts zeer zijdelings te berde gebracht.

194 Derhalve moet worden aangenomen dat het voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging niet noodzakelijk was dat de Commissie de in geding zijnde inbreuk in de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk als verticaal en horizontaal aanmerkte.

195 Ten overvloede merkt het Gerecht op dat verzoekster dit punt slechts naar voren brengt zonder aan te geven in hoeverre het feit dat de Commissie heeft nagelaten het „horizontale" aspect van de in geding zijnde inbreuk te noemen alvorens de litigieuze beschikking te geven, haar schade heeft toegebracht. Uit de stukken blijkt in de eerste plaats dat verzoekster op de door de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar geuite kritiek inzake de bepaling van de verkoopprijzen in

België is ingegaan. In haar verzoekschrift stelt verzoekster echter niet dat haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar inhoudelijk anders zou zijn geweest indien het woord „horizontaal" daarin was voorgekomen. In de tweede plaats blijkt bij lezing van dat deel van de litigieuze beschikking dat de oplegging van een geldboete wegens de in geding zijnde inbreuk betreft, dat de Commissie zich bij die oplegging niet uitdrukkelijk op het horizontale aspect van de inbreuk heeft gebaseerd (punten 245-248).

196 Blijkens de litigieuze beschikking was de Commissie van mening dat op 20 april 1995 tussen MBBel en de vereniging van Mercedes-Benz-dealers ter beperking van de concurrentie op het gebied van de prijzen in België een overeenkomst is gesloten die inhield dat de kortingen maximaal 3 % mochten bedragen en dat een extern agentschap de hoogte van de kortingen voor de E-klasse zou verifiëren, waarbij hogere kortingen zouden leiden tot beperking van de toewijzing van voertuigen van die klasse (punten 113 en 177).

197 In het verslag van die bijeenkomst, onder het kopje „actie tegen dumping", is het volgende vermeld: „De betrekkingen tussen de dealers zijn door deze actie verbeterd. Een van de aanwezige dealers [dhr. Goossens] beschuldigt de vestigingen te Brussel van dumping. Een extern agentschap zal worden ingeschakeld voor ‚ghost shopping' teneinde het niveau van de kortingen voor de W 210 te verifiëren. Indien meer dan 3 % korting wordt verleend, zal de toewijzing van voertuigen tot eind 1995 worden verminderd."

198 Verzoekster erkent dat in de bijeenkomst van 20 april 1995, waarop MBBel aanwezig was, door de vereniging van Mercedes-Benz-dealers melding is gemaakt van de inschakeling van een extern agentschap belast met het doen van testaankopen. Verzoekster is evenwel van mening dat de dealervereniging geen voor haar leden bindende beslissingen kon nemen, en dat zij slechts „aanbevelingen" kan doen. Ook heeft MBBel geen maatregelen getroffen ter uitvoering van die aanbevelingen en

heeft zij deze ook niet goedgekeurd. MBBel was slechts als waarnemer en importeur aanwezig en heeft tijdens de bijeenkomst geen opmerkingen gemaakt. Bovendien zou, zelfs indien er van beperking van de kortingen sprake was geweest, dit volgens verzoekster geen merkbare weerslag op de handel tussen de lidstaten hebben gehad.

199 Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven, zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen (arrest ACF Chemiefarma/Commissie, punt 189 supra, punt 112; arrest Hof van 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86, en arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. /Commissie, het PVC II-arrest, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 715).

200 De criteria coördinatie en samenwerking die in de rechtspraak van het Hof worden gehanteerd, houden allerminst in dat er een werkelijk „plan" moet zijn opgesteld, en dienen te worden verstaan tegen de achtergrond van de in de mededingingsbepalingen van het Verdrag besloten voorstelling dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is, zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch staat onverbiddelijk in de weg aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact dat tot doel of tot gevolg heeft, hetzij beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij beduiding aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag (arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 41 supra, punten 173 en 174, en arrest PVC II, punt 199 supra, punt 720).

201 Er zij aan herinnerd dat het in geval van een geschil over het bestaan van een schending van de mededingingsregels aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen (arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe /Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 58).

202 Wanneer echter is bewezen dat een onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten van ondernemingen met een duidelijk mededingingsbeperkend karakter, staat het aan die onderneming om aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk heeft gemaakt dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam (zie in die zin arresten Hof van 8 juli 1999, Hüls/Commissie, C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punt 155, en Montecatini/Commissie, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 181). Wanneer dit bewijs van distantiëring niet is geleverd, kan het feit dat een onderneming zich niet houdt aan de resultaten van vergaderingen die een kennelijk mededingingsverstorend doel hebben, haar niet van de volle aansprakelijkheid voor haar deelneming aan het kartel ontslaan (arresten Gerecht van 14 mei 1998, Mayr-Melnhof/Commissie, T-347/94, Jurispr. blz. II-1751, punt 135, en 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 1389).

203 MBBel was ontegenzeglijk aanwezig op de bijeenkomst van de dealervereniging van 20 april 1995, waar het voortduren van „dumping" en het plan om maatregelen te nemen om kortingen van meer dan 3 % op te sporen en tegen te gaan, aan de orde zijn gesteld. Er waren op die bijeenkomst immers meerdere directieleden van MBBel aanwezig en het verslag van de bijeenkomst is opgesteld door dhr. Rauw, de voor de dealerontwikkeling verantwoordelijke MBBel-manager (zie met name punt 115 van de litigieuze beschikking). Het betoog van verzoekster dat MBBel tijdens die

bijeenkomst een ondergeschikte rol heeft gespeeld (zie punt 161 supra), wordt dus niet door de stukken gestaafd. Het Gerecht is van oordeel dat de deelname van deze MBBel-vertegenwoordigers aan die bijeenkomst bewijst dat MBBel, anders dan verzoekster beweert, een centrale rol heeft gespeeld in de besprekingen.

204 Aangezien MBBel niet heeft bewezen dat zij zich heeft gedistantieerd van de discussie over de prijskortingen, heeft de Commissie terecht geoordeeld dat MBBel door haar aanwezigheid zonder voorbehoud op de bijeenkomst van 20 april 1995, waarin onomwonden is gesproken over het plan „actie tegen dumping", heeft deelgehad aan de wilsovereenstemming die heeft geleid tot het treffen van maatregelen om de betrokken kortingen op te sporen en tegen te gaan.

205 Voorts is het feit dat de filialen van MBBel destijds geen actief lid waren van de dealervereniging, zoals verzoekster stelt, niet relevant, daar de deelname van MBBel aan het kartel is aangetoond.

206 Verder dient te worden vastgesteld dat, zoals de Commissie naar voren brengt, alleen MBBel in staat was om uitvoering te geven aan het tijdens de bijeenkomst van 20 april 1995 geuite dreigement om de toewijzing van voertuigen te beperken. Het feit dat zij tijdens die bijeenkomst niet het woord heeft gevoerd, kan niet anders worden uitgelegd dan als goedkeuring van en steun voor de „actie tegen dumping" waartoe de Belgische dealers reeds hadden besloten, met name daar voor de uitvoering van het tijdens die bijeenkomst geuite dreigement om het aantal tot eind 1995 toe te wijzen voertuigen te beperken in geval van kortingen van meer dan 3 %, de actieve deelname van MBBel als leverancier van de dealers vereist was, en dit het betrokken kartel heeft versterkt.

207 De aanwezigheid van die onderneming op de bijeenkomst zonder dat zij zich publiekelijk van de inhoud daarvan heeft gedistantieerd, heeft de overige deelnemers derhalve doen denken dat zij het met het resultaat van de bijeenkomst eens was, en

dat zij van plan was door haar eigen gedrag bij te dragen tot de gemeenschappelijke doelstellingen die door alle deelnemers werden nagestreefd. Het Gerecht is tevens van oordeel dat het feit dat de „actie tegen dumping" op touw was gezet vóór de bijeenkomst, niet in de weg staat aan het oordeel van de Commissie dat MBBel had deelgenomen aan een op 20 april 1995 genomen beslissing over de toekomstige prijzen en bereid was actieve steun te geven aan de prijsvaststelling, aan de controle op de door de dealers gehanteerde prijzen en zo nodig aan de toepassing van sancties ingeval de instructies vanaf die datum niet werden nageleefd.

208 Het argument van verzoekster dat het volstrekt legitiem was dat MBBel nu en dan onderzocht of de dealers zich volledig van hun taak als tussenpersoon kweten (zie punt 165 supra), aangezien de dealers zich in hun dealerovereenkomst verbinden tot een kwalitatief hoogwaardig marktoptreden, is niet overtuigend en moet worden afgewezen. Verzoekster geeft immers in haar verzoekschrift toe dat de kortingpraktijk van de dealers een van de vele onderzochte aspecten was (zie punt 165 supra). De door de dealers in rekening gebrachte prijzen hebben echter niets van doen met de kwaliteit van hun prestaties. Voorts doet MBBel geen poging om deze controles van de prijspraktijk te rechtvaardigen tegen de achtergrond van artikel 11 van de Belgische dealerovereenkomst, dat bepaalt dat MBBel een maximumprijs kan vaststellen maar geen minimumprijs.

209 Ook het argument van verzoekster dat de verzamelde informatie anoniem was (zie punt 168 supra) en dat het niet mogelijk was, maatregelen te nemen tegen specifieke dealers, moet worden afgewezen. Uit het verslag van de vergadering van de Mercedes-dealers uit de regio Antwerpen van 27 maart 1996 blijkt duidelijk dat kortingen die door een specifieke dealer, Van Steen NV, waren verleend, door testkopers aan het licht waren gebracht en tijdens die vergadering werden besproken.

210 Met betrekking tot het argument van verzoekster dat de dealervereniging geen voor haar leden bindende beslissingen kon nemen, maar slechts aanbevelingen kon doen, moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een handeling als

besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG kan worden aangemerkt zonder dat zij bindend is voor de betrokken leden, in ieder geval voorzover de leden het tot hen gerichte besluit naleven (zie naar analogie arrest Hof van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 20, en arrest Van Landewyck e.a./Commissie, punt 199 supra, punten 88 en 89; arrest Gerecht van 11 maart 1999, Eurofer/Commissie, T-136/94, Jurispr. blz. II-263, punt 15). Dit is in het onderhavige geval voldoende aangetoond door het feit dat de leden van de vereniging van dealers in België en MBBel tijdens de bijeenkomst van 20 april 1995 hebben besloten om door middel van testaankopen door een extern agentschap de voor de W 210-serie verleende kortingen te onderzoeken, en dat die testkopers inderdaad dealers hebben bezocht. Uit deze feiten blijkt dat uitvoering is gegeven aan de gedragslijn waartoe op de bijeenkomst van 20 april 1995 was besloten.

211 Wat het in punt 162 supra uiteengezette argument van verzoekster betreft, namelijk dat het niet voor de hand ligt dat de filialen van MBBel belang hadden bij beperking van het kortingpercentage, is het Gerecht van oordeel dat, aangezien de deelname van MBBel aan het kartel is aangetoond, niet behoeft te worden onderzocht of deze onderneming en haar filialen belang hadden bij die deelname. Het Gerecht is hoe dan ook van oordeel dat, overeenkomstig hetgeen de Commissie betoogt, MBBel en dus ook haar filialen er belang bij hadden dat er een einde kwam aan de prijsdumping, te meer daar zij niet alleen levert aan de dealers, maar via enkele filialen ook aan eindklanten. Vastgesteld moet worden dat ook uit de brief van MBBel aan Mercedes-Benz AG van 17 oktober 1995, waarin MBBel verklaart „al wat mogelijk is [te doen] om [haar] werk correct uit te voeren [(zij ziet) af van uitvoer], [en te] proberen [haar] gemiddelde prijzen op een hoog prijsniveau te handhaven", blijkt dat zij er belang bij had dat de dealers in België een matige korting verlenen, zoals de Commissie in punt 119 van de litigieuze beschikking aangeeft. Het Gerecht is in dit verband van mening dat verzoeksters argument dat MBBel in haar brief van 17 oktober 1995 doelde op de gemiddelde catalogusprijzen en niet op de door de dealers daadwerkelijk in rekening gebrachte prijzen, niet overtuigt en moet worden afgewezen.

212 Aangaande het argument van verzoekster dat de verkoopprijsvaststelling in België het handelsverkeer tussen de lidstaten niet merkbaar heeft beïnvloed, daar deze

alleen de verkopen in dat land betrof en de grensoverschrijdende verkopen daardoor niet werden geraakt, is het Gerecht van oordeel dat dit moet worden afgewezen. Volgens vaste rechtspraak heeft een kartel dat het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar zijn aard een versterking van de nationale compartimentering tot gevolg, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist (arrest Wouters e.a., punt 181 supra, punt 95; arresten Hof van 17 oktober 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Commissie, 8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29; 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, punt 81 supra, punt 22, en 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 48). Verzoekster betwist evenwel niet dat de bijeenkomst van 20 april 1995, en dus de in geding zijnde inbreuk, betrekking had op heel België, zoals de Commissie in punt 197 van de litigieuze beschikking opmerkt.

213 Verzoekster is tevens van mening dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de gestelde schending heeft geduurd van 20 april 1995 tot het rondschrijven van 10 juni 1999 waarin verzoekster met name aangaf dat de dealers ten opzichte van hun klanten vrij moesten zijn bij de vaststelling van de prijs en de verkoopvoorwaarden. De Commissie had als einddatum eind 1995 moeten nemen, daar de in het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 genoemde „actie tegen dumping" tijdelijk was en alleen betrekking had op de introductie van het nieuwe W 210-model.

214 Volgens de rechtspraak moet de Commissie niet alleen het bestaan van het kartel bewijzen, maar ook de duur ervan (zie arrest Dunlop Slazenger/Commissie, punt 84 supra, punt 79, en arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, punt 202 supra, punt 2802).

215 Het Gerecht merkt op dat er in casu coherente aanwijzingen bestaan dat de inbreuk na eind 1995 heeft voortgeduurd. Zoals de Commissie terecht betoogt, blijkt uit het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 dat de op eind 1995 bepaalde tijdslimiet alleen de overeengekomen sanctie betrof en niet de vaststelling van de maximumkorting op 3 %. Voorts blijkt uit het verslag van de vergadering van 27 maart 1996 dat in 1996, met name bij vijf dealers in België, testaankopen voor het model E 290 TD zijn gedaan. Het Gerecht is dienaangaande van oordeel dat er,

anders dan verzoekster stelt (zie punt 166 supra), een verband bestaat tussen de bijeenkomst van 20 april 1995 en die van 27 maart 1996. Bovendien heeft MBBel in een brief van 14 maart 1996 duidelijk haar misnoegen laten blijken over het feit dat een auto van de W 210-serie was verkocht met een korting van 6 %. Het Gerecht overweegt in dit verband dat het gebruik van een uitroepteken na dit percentage — „6 %!" — er geen twijfel over laat bestaan dat deze korting afkeurenswaardig werd geacht. Gezien de door MBBel gemaakte bezwaren tegen de kortingen van meer dan 3 % die door dealers in België waren verleend, en het voortduren van de praktijk van testaankopen, moesten de dealers ook na eind 1995 repercussies verwachten ingeval die kortingen aan het licht kwamen. In die omstandigheden kon de Commissie op goede gronden aannemen dat de overeenkomst van 20 april 1995 waarbij de voertuigprijs in België was vastgesteld, geen tijdelijke maatregel was, maar heeft voortgeduurd totdat zij bij het rondschrijven van 10 juni 1999 uitdrukkelijk werd ingetrokken.

216 Met haar betoog dat de Commissie niet duidelijk heeft gemaakt of de inbreuk betreffende de prijsvaststelling in België steeds met dezelfde intensiteit is begaan (zie punt 168 supra), stelt verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de ernst van de inbreuk in bepaalde perioden. Het Gerecht is evenwel van oordeel dat de Commissie de duur (zie punt 215 supra) en de ernst van de inbreuk goed heeft ingeschat. De ernst van de inbreuk wordt door verzoekster overigens niet betwist. Aangezien de inbreuk heeft voortgeduurd tijdens de in de litigieuze beschikking in aanmerking genomen periode, is het niet aan de Commissie om te bewijzen dat zij met dezelfde intensiteit is begaan, wanneer niet is aangetoond dat zij is gestaakt.

217 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij haar het gedrag van MBBel, haar dochteronderneming in België, alleen toerekent op grond van haar bijna 100%-deelneming in die dochter.

218 De omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, is niet voldoende om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend; dit kan met name het geval zijn wanneer de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch grotendeels de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (zie met name arrest Hof ICI/Commissie, punt 85 supra, punten 132 en 133; arresten Hof van 14 juli 1972, Geigy/Commissie, 52/69, Jurispr. blz. 787, punt 44, en 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 15). Het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming volstaat als zodanig evenwel niet om het bestaan van een dergelijke controle door de moedermaatschappij aan te tonen. De toerekening van het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij impliceert altijd dat deze laatste metterdaad zeggenschap heeft uitgeoefend (zie in die zin arrest ICI/Commissie, punt 85 supra, punten 132-141; arrest van 12 juli 1979, BMW Belgium e.a./Commissie, 32/78 en 36/78-82/78, Jurispr. blz. 2435, punt 24, en Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra, punt 23).

219 Zoals het Hof in het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra (punt 28), heeft geoordeeld, volstaat het bezit van 100 % van het kapitaal als zodanig niet voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, maar kan de Commissie haar beslissing inzake de toerekening van het gedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ook baseren op de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze kon beïnvloeden, en geen bewijs aandraagt voor haar stelling dat die dochter autonoom optrad. Wanneer het gehele kapitaal van de dochter in handen van de moeder is, mag de Commissie immers aannemen dat de moedermaatschappij werkelijk een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter, in het bijzonder wanneer de moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure als enige gesprekspartner voor de vennootschappen van het concern heeft gepresenteerd.

220 Het is dan ook aan de moedermaatschappij om dit vermoeden met voldoende bewijzen te weerleggen.

221 In casu blijkt uit de stukken dat verzoekster niet betwist dat Mercedes-Benz ten tijde van de in geding zijnde inbreuk het gehele kapitaal van MBBel in handen had, en dat zij erkent dat zij zich tijdens de administratieve procedure als enige gesprekspartner van de Commissie voor de Belgische inbreuk heeft gepresenteerd. Voorts volstaat verzoekster ermee, te verklaren dat zij niet bekend was met de activiteiten van MBBel, en ontkent zij, deze actief te hebben gesteund, zonder bewijs te leveren dat zij het commerciële beleid van haar dochter niet op beslissende wijze kon beïnvloeden, of bewijzen aan te dragen met betrekking tot het autonoom optreden van deze dochter. Verzoekster heeft dan ook niet met voldoende bewijzen het vermoeden weerlegd dat zij werkelijk een beslissende invloed uitoefende op het gedrag van haar dochteronderneming MBBel.

222 Dit onderdeel van het middel, en daarmee het derde middel, moet dan ook worden afgewezen.

Het vierde middel: het bedrag van de bij artikel 3 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete is onjuist vastgesteld

Argumenten van partijen

223 Verzoekster is van mening dat de bij artikel 3 van de litigieuze beschikking opgelegde boete volstrekt ongegrond is, daar er geen sprake is van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG, en indien een inbreuk zou worden aangetoond, is de boete veel te hoog.

224 Wat de gedragingen op de Duitse markt betreft, moet de boete onwettig worden verklaard, aangezien de aan Mercedes-Benz verweten maatregelen zijn genomen op basis van agentuurovereenkomsten die, doordat zij alleen beperkingen voor de handelsagenten inhouden, buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG vallen.

225 Het verbod op de verkoop aan leasebedrijven in Spanje, voorzover dit al in strijd zou zijn met artikel 81, lid 1, EG, is in elk geval door verordening nr. 1475/95 vrijgesteld, zodat daarvoor geen boete kan worden opgelegd. Zelfs indien de gemeenschapsrechter verzoeksters argumentatie niet zou volgen, moet in aanmerking worden genomen dat zij zwaarwegende juridische motieven kan aanvoeren voor haar stelling dat die praktijken voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling.

226 Wat de bepaling van de verkoopprijzen in België betreft, stelt de Commissie weliswaar (punt 245 van de litigieuze beschikking) dat deze uitsluitend betrekking had op het model W 210, maar vervolgens is zij van mening dat de kortingpraktijk ook voor andere modellen is geverifieerd. Deze laatste opmerking doelde kennelijk op de testaankopen die de firma Tokata voor modellen van de C-klasse had verricht. Deze testaankopen staan in geen enkel verband met de beweerde prijsvaststelling (zie punt 167 supra). De Commissie mag niet als verzwarende omstandigheid in aanmerking nemen dat er meerdere modellen bij betrokken waren. Ook de stelling in de punten 223 en 225 van de litigieuze beschikking, dat de bepaling van de verkoopprijs in België gold van 20 april 1995 tot 10 juni 1999 is niet houdbaar. Blijkens het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 gold dit immers slechts tot eind 1995 (zie punt 174 supra). Ten slotte heeft MBBel geen leidende rol gespeeld in de gestelde beperking van de prijskortingen. Deze maatregel was immers reeds vóór de bijeenkomst van 20 april 1995 door de dealers geïnitieerd. Zelfs al zou MBBel

deze maatregel vervolgens hebben gesteund, zij heeft dienaangaande niet de leiding op zich genomen. Zo MBBel aan de maatregel heeft deelgenomen, is dit niet uit eigenbelang gebeurd, maar om de rentabiliteit van de dealers te verhogen.

227 De Commissie stelt met betrekking tot de inbreuk bestaande in de bepaling van de verkoopprijzen in België, dat verzoeksters argumenten moeten worden afgewezen. Zij herinnert er in de eerste plaats aan dat zij na de in punt 245 van de litigieuze beschikking weergegeven overwegingen de in geding zijnde schending slechts als „zwaar" heeft aangemerkt en het uitgangsbedrag van de boete heeft vastgesteld op 7 miljoen EUR, hetgeen overeenkomt met ongeveer een derde van de maximale boete van 20 miljoen EUR die in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3), is voorzien voor zware inbreuken. Voorts wordt verzoekster verweten dat zij de door de dealers verleende kortingen niet alleen voor het model W 210 heeft geverifieerd, maar ook voor andere modellen. Zelfs indien de betrokken inbreuk beperkt zou zijn tot het model W 210, zou de Commissie daarmee toch rekening kunnen houden in het kader van de afschrikkende werking van de geldboete.

228 De Commissie is van mening dat zij verzoeksters tegenwerpingen betreffende de duur van de inbreuk reeds heeft weerlegd (zie punt 182 supra).

229 Bovendien heeft zij zich voor de berekening van de boete niet gebaseerd op een mogelijk leidende rol van MBBel bij de beperking van de kortingen, maar alleen melding gemaakt van een actieve deelname van MBBel aan de maatregelen tot vaststelling van de verkoopprijzen in België. Zonder een dergelijke actieve deelname kon de sanctie bij overschrijding van de maximale korting niet ten uitvoer worden gelegd. Blijkens het verslag van de bijeenkomst van 20 april 1995 bestond de „actie tegen dumping" reeds voordien. Tot beperking van de korting tot maximaal 3 % werd evenwel pas tijdens die bijeenkomst besloten, met de actieve deelname van

verzoekster, en derhalve kan niet worden volgehouden dat MBBel pas achteraf met deze maatregel is geconfronteerd. Wat het eigen belang van MBBel betreft, stelt de Commissie dat de kortingen werden beperkt om het beleid van hoge prijzen van de importeur in stand te houden. Ten slotte zou de beoordeling van het geval niet anders zijn geweest, indien het MBBel werkelijk om de rentabiliteit van de dealers te doen ware geweest (arrest AEG/Commissie, punt 84 supra, punten 40-42 en 71-73).

Beoordeling door het Gerecht

230 Om te beginnen blijkt uit het onderzoek van de voorgaande middelen dat de bij artikel 3 van de litigieuze beschikking vastgestelde boete nietig moet worden verklaard voorzover zij verzoekster is opgelegd wegens de aan de Duitse handelsagenten gegeven instructie om de geleverde nieuwe voertuigen zoveel mogelijk alleen te verkopen aan klanten in hun rayon, en interne concurrentie te vermijden, en om voor bestellingen van nieuwe auto's door eenmalige klanten een aanbetaling van 15 % van de voertuigprijs te verlangen. De boete van aanvankelijk 71,825 miljoen EUR moet dus eerst worden verminderd met een bedrag van 47,025 miljoen EUR (punt 242 van de litigieuze beschikking).

231 Uit het onderzoek van de voorgaande middelen volgt tevens dat de in artikel 3 van de litigieuze beschikking vastgestelde boete nietig moet worden verklaard voorzover zij verzoekster is opgelegd wegens de beperking van de leveringen van personenauto's aan leasebedrijven voor voorraadvorming in Duitsland en Spanje. De boete van aanvankelijk 71,825 miljoen EUR moet dus vervolgens worden verminderd met een bedrag van 15 miljoen EUR (punt 244 van de litigieuze beschikking).

232 Wat de inbreuk bestaande uit de prijsvaststelling in België betreft, is het Gerecht van oordeel dat verzoekster ten onrechte stelt dat de Commissie als verzwarende omstandigheid in aanmerking heeft genomen dat deze inbreuk verschillende modellen betrof. Uit punt 248 van de litigieuze beschikking blijkt duidelijk dat de

Commissie bij de oplegging van de boete geen verzwarende omstandigheden in aanmerking heeft genomen. Hoe dan ook heeft de Commissie in de litigieuze beschikking weliswaar aangegeven dat MBBel op 26 november 1996 de firma Tokata opdracht heeft gegeven om testaankopen te doen bij 47 Belgische dealers en de kortingen na te gaan die voor modellen van de C-klasse werden verleend, maar dit feit toont aan, zoals de Commissie stelt, dat die testaankopen voor MBBel een gangbare praktijk vormden, die niet tot een bepaald model beperkt was.

233 Aangaande het argument van verzoekster inzake de duur van de inbreuk betreffende de prijsvaststelling in België, zij eraan herinnerd dat het Gerecht van oordeel is dat de Commissie deze correct heeft vastgesteld (zie punt 215 supra). Voorts stelt het Gerecht vast dat MBBel een centrale rol heeft gespeeld bij de vaststelling van de verkoopprijzen van de voertuigen in België (zie punt 209 supra). Er is dus geen reden om de voor deze inbreuk opgelegde boete te verlagen.

234 Gelet op het voorgaande moet het deel van de boete dat betrekking heeft op de inbreuken in Duitsland en in Spanje, nietig worden verklaard. De overige argumenten die door verzoekster naar voren zijn gebracht ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring of verlaging van de boete, moeten worden afgewezen. Het Gerecht, recht doende in volle omvang, bevestigt het bedrag van de boete voor de inbreuk inzake de prijsvaststelling in België op 9,8 miljoen EUR.

Kosten

235 Volgens artikel 87, lid 3, van zijn Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. In casu moet worden beslist dat de Commissie haar eigen kosten zal dragen, alsmede 60% van de kosten van verzoekster.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **Artikel 1 van beschikking 2002/758/EG van de Commissie van 10 oktober 2001 betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/36.264 — Mercedes-Benz) wordt nietig verklaard, behoudens voorzover daarin wordt vastgesteld dat de vennootschap Daimler Chrysler AG, alsmede haar rechtsvoorgangers, de vennootschappen Daimler-Benz AG en Mercedes-Benz AG, zelf of via hun dochteronderneming Mercedes-Benz Belgium SA inbreuk hebben gemaakt op artikel 81, lid 1, EG door deel te nemen aan overeenkomsten inzake de beperking van de kortingverlening in België, waartoe op 20 april 1995 werd besloten en die op 10 juni 1999 werden beëindigd.**

2) **Artikel 2 wordt nietig verklaard, met uitzondering van de eerste zin.**

3) **Artikel 3 van beschikking 2002/758 wordt nietig verklaard voorzover daarbij de aan verzoekster opgelegde boete is vastgesteld op 71,825 miljoen EUR.**

4) **Het bedrag van de bij artikel 3 van beschikking 2002/758 wegens de inbreuk inzake de vaststelling van de prijzen in België opgelegde boete wordt bepaald op 9,8 miljoen EUR.**

5) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

6) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten, alsmede in 60% van de kosten van verzoekster. Verzoekster zal 40% van haar eigen kosten dragen.

Lindh García-Valdecasas Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 september 2005.

De griffier

H. Jung

De president van de Vijfde kamer

P. Lindh